

## CAPÍTULO 15

### FORMA, OBJETO Y CAUSA/CONSIDERATION

JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ

---

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Los requisitos de validez en Derecho comparado. 2. "Without any further requirement". 3. La función de los requisitos de los que se prescinde. II. OBJETO. 1. La teoría del objeto del contrato. 2. Posibilidad. 3. Licitud. 4. Determinabilidad. 5. La compraventa con precio determinable. III. CAUSA. IV. CONSIDERATION. V. FORMA. 1. El principio de libertad de forma. 2. Forma legal. 3. Forma convencional. VI. ENTREGA DE LA COSA Y CONTRATOS REALES. VII. CONTROL DE LEGALIDAD Y MORALIDAD. VIII. PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN Y DERECHO VIGENTE: UNA VALORACIÓN. 1. Reciprocidad y *vestimentum*. 2. La discrepancia entre Principios y Derechos nacionales. 3. Valoración. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. LOS REQUISITOS DE VALIDEZ EN DERECHO COMPARADO

Estas líneas pretenden comparar con el Derecho español (y, en menor medida, con otros europeos) la regulación de los requisitos de validez contractual contenida en los que llamaré textos armonizadores: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante CISG), los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1995 (en adelante PU), los Principios Europeos de Derecho de Contratos –partes I, II y III– elaborados por la Comisión sobre Derecho contractual europeo en 1998-2002 (en adelante PECL), y el Código Europeo de Contratos presentado por el Grupo de Pavía en 2001 (en adelante AvCEC).

No todas las tradiciones jurídicas coinciden en qué requisitos deben exigirse para admitir la validez de los contratos, ni siquiera en que deban exigirse unos<sup>1</sup>. Teniendo

---

<sup>1</sup> Los Derechos codificados de raíz francesa (Francia, Bélgica, Italia, España) establecen una enumeración expresa, cerrada y taxativa al comienzo del capítulo sobre los contratos; otros códigos contienen normas dispersas a través de la regulación de los actos jurídicos, los negocios jurídicos, las obligaciones y los contratos (Alemania, Austria, Portugal, Holanda, Grecia); y otros Derechos no codificados parecen carecer de normas generales al efecto o éstas se limitan a una definición de contrato muy somera de la que pueden inferirse también unos requisitos de validez (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlandia).

esto en cuenta, se puede afirmar que los requisitos de validez o las reglas para la toma en consideración de un contrato son una necesidad estructural: todo sistema jurídico estable, explícito o implícitamente, unas exigencias que permiten diferenciar aque-

Una lista con los requisitos exigidos por algún sistema para la perfección de todos o de algunos contratos podría hacer dudar respecto a las posibilidades de armonizarlos, pues debería incluir capacidad, acuerdo-consentimiento, intención de obligarse, objeto, causa, *consideration*, forma, entrega y adecuación a legalidad-moralidad? La enumeración es muy heterogénea, y aunque algunos requisitos parecen repetirse o ser equivalentes (acuerdo-consentimiento, capacidad, legalidad), otros no parecen en principio comparables (objeto, causa, *consideration*). Y la lista se alargaría si en el consentimiento incluimos los vicios que pueden provocar la anulación del contrato (error, violencia, intimidación y dolo, art. 1265 Cc.), analizados en el capítulo anterior.

Tan variopinta enumeración puede y debe ser simplificada. Deben excluirse ya desde ahora la capacidad (que es un presupuesto relativo a los sujetos intervinientes más que al contrato mismo), los vicios del consentimiento (que no están configurados legalmente como requisitos de validez, sino como posibilidades de impugnación concedidas a una de las partes) y el acuerdo entendido como formación del contrato o efectiva prestación del consentimiento (que goza de regulación separada y extensa en los textos armonizadores y merece ser estudiado en capítulo aparte?).

El parámetro para analizar la relevancia de un requisito de validez es si éste se exige bajo sanción de nulidad, es decir, si *realmente* se emplea como criterio para declarar la ineficacia de los contratos que carecen de él. Efectivamente, con independencia de lo que pueda decir literalmente un código, no se puede afirmar que un ordenamiento exige un requisito de validez si los jueces no niegan la aplicación de los contratos que carecen de él.

- 2 Una ordenación de las referencias legales de cada uno de los requisitos sin ánimo de exhaustividad:
  - Capacidad: 1108 Cc.F, 1108 Cc.B, 1325 Cc.I, 1263 Cc., § 104 BGB, 3-32 NBW, *Common law*.
  - Acuerdo, intención de obligarse, consentimiento: RU, 1108 Cc.F, 1108 Cc.B, 1325 Cc.I, 1261 Cc., § 154 BGB, 6-217.1 NBW, 195 Cc.G.
  - Objeto (o alguna de sus cualidades: posibilidad, licitud, determinabilidad): 1108 Cc.B, 1325 Cc.I, 1261 Cc., §§ 306-308 y 315-319 BGB, 280 Cc.P, 6-227 NBW, 362-364 y 371-373 Cc.G.
  - Causa: 1108 y 1131 Cc.F, 1131 Cc.B, 1325 Cc.I, 1261 Cc.
  - Consideración: *Common law*.
  - Forma (en su caso): 1325 Cc.I, 1280 Cc., 219 Cc.P, 3-37.1 y 6-226 NBW, § 125 BGB, *Common law*, 158 1275 Cc., *Common law*, 174-178 Cc.G.
- No incompatibilidad con la legalidad o las buenas costumbres: §§ 134 y 138 BGB, 3-40 NBW, 1271 III y 1275 Cc., *Common law*, 174-178 Cc.G.

La enumeración sigue la tradición de los códigos latinos, pero es engañosa por variada: en ella alternan requisitos que deben concurrir siempre (consentimiento) o se exigen sólo excepcionalmente (forma), artículos completos (causa), simples enumeraciones de cualidades (objeto) y finalidades preteridas enunciadas directamente (intención de quedar vinculado).

4 Incluido el carácter vinculante de la promesa unilateral no aceptada que se reconoce en el art. 2.107 PECL.

## 2. "WITHOUT ANY FURTHER REQUIREMENT"

En materia de requisitos de validez debemos separar las propuestas de armonización en dos grupos: por un lado el formado por PECL-PU-CISG, y por otro el AvCEC. Este último, más cercano a la regulación de los códigos continentales, exige como elementos esenciales acuerdo y contenido-fruto de una refundición de la teoría del objeto-art. 5.3 AvCEC, prescindiendo de causa y *consideration*, y reconoce el principio de libertad de forma con notables restricciones. Por el contrario, los Principios realizan una propuesta ciertamente innovadora, a la que habrá que referirse con más detalle:

"Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido, por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito" (3.2 PU).  
"Todo contrato queda celebrado si: a) las partes pretenden quedar legalmente vinculadas, y b) alcanzan un acuerdo suficiente, sin ningún otro requisito" (2.101 PECL).

Es decir, todos los requisitos de validez exigidos por algún sistema para admitir la perfección de un contrato quedan reducidos a uno de ellos (el acuerdo), prescindiendo de cualquier otro de los mencionados anteriormente ("without any further requirement", en el texto original). Al hacer esto, los autores de los Principios se han decantado por elaborar un sistema distinto de todos los demás. Se puede afirmar que es una decisión de política legislativa plenamente consciente y consolidada, adoptada por los autores de las propuestas armonizadoras desde su primera formulación en el borrador de la Convención para la unificación de determinadas reglas relativas a la validez de los contratos de compraventa internacional elaborado por Unidroit en 1972.<sup>5</sup>

Esta simplificación de los requisitos exigidos para la validez de los contratos se explica por una serie de motivos íntimamente relacionados:  
a) El principio *solus consensus obligat*, en el que están de acuerdo todos los sistemas europeos, parece el fruto de la evolución histórica de nuestros Derechos modernos, legados a una edad en que pueden prescindir de los requisitos exigidos en estados anteriores.  
b) Igualmente, el *favor contractus* es una de las ideas que presidieron la redacción de los PU: no poner trabas a la formación del contrato, mantener en lo posible su validez y limitar los casos de nulidad<sup>6</sup>.

5 El texto original: "A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement".

6 RDU, 1973, p. 63. Su origen está en un dictamen solicitado por Unidroit al Max Planck Institut de Derecho comparado en 1960 y presentado luego por Unidroit a Unctral, que incorporó el principio a la CISG (arts. 11 y 29.1). Vid. ALVARADO HERRERA, en MORÁN BOYO, D. (dir.), *Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos de comercio internacional*, Pamplona, 1999, pp. 161-4; HARTKAMM, A., "Principles of contract law", en HARTKAMM, A., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., PEARSON, E., (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 1998, p. 113.  
7 Los textos romanos de los que parte son "pacta sunt servanda" (ULPIANO, D. 2.14.7.7) y "consensus convenire intelligitur" (PAURO, D. 2.14.2 pr.).  
8 BONELL, M. J., *Un "Codice" Internazionale del Diritto del Contratto*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 81.

c) Una aplicación técnica de lo anterior es el desplazamiento del control contractual desde la validez al cumplimiento. Mientras contravenir un requisito de validez produce la nulidad, el incumplimiento puede ocasionar diversas medidas protectoras de la parte perjudicada—reparación específica, indemnización, etc.—, pero no afecta a la validez. Los armonizadores consideran que, en la medida en que sea posible, es mejor para las partes que el contrato siga valiendo y se entienda incumplido antes que declararlo nulo. Una importante consecuencia es que ninguna circunstancia sobrevenida debe afectar a la validez del contrato<sup>9</sup>.

d) Cuando los requisitos de validez elaborados por el iusnaturalismo del siglo XVII son observados desde una perspectiva estrictamente funcional pueden parecer categorías apriorísticas que no ayudan a entender la realidad ni a resolver problemas. Las complejas doctrinas elaboradas en torno al objeto, la causa y la *consideration* se encuentran hoy en franco retroceso, y es frecuente considerarlas irrelevantes (por meramente pedagógicas, no aplicadas en la realidad o reguladoras de supuestos de laboratorio) o inicuas (por invalidantes de contratos que deberían ser admitidos)<sup>10</sup>.

e) Por último, el estudio del Derecho extranjero y comparado ha mostrado hasta qué punto algunas categorías que vemos como intrínsecas a la idea de contrato no lo son en absoluto y se desconocen en otros sistemas sin que ello afecte apenas a cómo se regula cada institución. La evidente variedad con que los distintos Derechos nacionales regulan los requisitos de validez es un importante lastre para cualquiera que opere con una *praesumptio similitudinis* o intente enumerar los contenidos comunes en Derecho europeo, y no en vano se ha dicho que son “uno de los aspectos más refractarios a la armonización”<sup>11</sup>. Puesto en relación con (c), el argumento se potencia: se trata de una diversidad en la que ninguno de los sistemas se impone como preferible a los demás<sup>12</sup>, lo que ha ayudado a no construir la armonización sobre ninguno de ellos<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> STORME, M.E., “The Binding Character of Contracts - Causa and Consideration”, en HARTKAMP, (dir.), *Towards...*, cit., 2ª ed., pp. 251-254.

<sup>10</sup> Con palabras de HONNOLD, “las cuestiones acerca de la existencia de un contrato aparecen con más frecuencia en las clases que en la vida real”, *Uniform Law International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer Publishers, 3ª ed., Deventer, 1991, p. 17.

<sup>11</sup> STORME, “The Binding...”, cit., 1ª ed. (en algunos puntos más amplia que la segunda), p. 159.

<sup>12</sup> Puede observarse que los trabajos relacionados con la causa y la *consideration* adoptan un aire de perplejidad cuando son elaborados por extranjeros y de disculpa cuando lo son por autóctonos. En materia de requisitos para la validez, probablemente serían pocos los autores que aconsejaran una armonización modelada a imagen de un sistema distinto del suyo; pero no serían muchos más los que abogaran por emplear como modelo el suyo propio. Los intentos de reforma realizados a lo largo del último siglo muestran la insatisfacción con el propio sistema, y el hecho de que no llegaran a buen puerto indica que las alternativas tampoco aparecían como mejores. Sobre la de Dinamarca para adoptar la causa en 1900, vid. LANDO, O., en RODIERE, R. (dir.), *Objet, cause et lesion du contrat*, Pedone, Paris, 1980, p. 151; sobre la del Reino Unido para modificar la *consideration* en 1934 (rechazada en 1937) y otras posteriores, vid. TREITEL, G.H., *The law of contract*, 9ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1995, pp. 148-9.

<sup>13</sup> Esto puede decirse sobre todo de PU y PECL; no tanto de AvCEC, en el que pesa fuertemente la influencia de los códigos francés y, sobre todo, italiano. La construcción de la propuesta sobre el molde de un solo sistema era mucho más evidente en propuestas armonizadoras anteriores, como la elaborada en 1980 bajo la dirección de René RODIERE después de una encuesta de Derecho comparado para la que se tomó como base el *Code* francés. Vid. RODIERE (dir.), *Objet...*, cit.

y, en último término, a eliminar los requisitos que podían significar una preferencia<sup>14</sup>.

### 3. LA FUNCIÓN DE LOS REQUISITOS DE LOS QUE SE PRESCINDE

Una propuesta que, como ésta, obliga al jurista europeo a prescindir de algunas de las “piezas maestras” de su sistema contractual, puede ser recibida de varios modos: como una renuncia inadmisibles, la liberación de un pesado fardo histórico<sup>15</sup>, una continuación de lo anterior camuflado ocultamente en lo nuevo<sup>16</sup>, o —y creo que éste es el más adecuado— como una regulación distinta que se debe analizar abierta y críticamente para ver si su adopción mejoraría la actual<sup>17</sup> o no, pues no debe olvidarse que, hoy por hoy, tanto los PECL como el AvCEC son meras propuestas doctrinales<sup>18</sup>.

Podemos afirmar que cuando un ordenamiento establece un requisito de validez (esto es, limita la autonomía de la voluntad de los contratantes hasta el extremo de no reconocer la protección jurídica de su acuerdo) lo hace por algún motivo, es decir, ese requisito cumple una determinada función. Para responder la pregunta que encabeza este capítulo se hace necesario compararlos analizándolos desde la función que cumplen o, lo que es lo mismo, preguntarse por qué los ordenamientos niegan la validez de los contratos que carecen de determinados requisitos, y si ese porqué resulta

<sup>14</sup> En ese sentido, la solución recuerda a la adoptada ante situación semejante en Israel, donde la pugna entre juristas de formación continental (que abogaban por un sistema causalista) y anglosajona (que pretendían recoger la doctrina de la *consideration*) se resolvió no exigiendo ninguna de las dos (art. 30 de la Ley de Contratos (Parte general) israelí 5733-1973). Vid. RABELLO, A.M., “Israele: senza ‘causa’ e senza ‘consideration’”, en VACCA, L. (dir.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Giuffrè, Torino, 1995, pp. 407-13.

<sup>15</sup> Considero significativa la cita de RABEL que HONNOLD coloca en la introducción de su obra *Uniform Law*, según la cual una de las ventajas de la ley uniforme sería evitar las “imponentes reliquias de un pasado muerto que pueblan en asombrosa cantidad la regulación de la compraventa en los códigos” (*Uniform Law International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer, Deventer, 3ª ed., 1999, p. 21). A raíz de la publicación de los PECL se ha dicho que quizá nos liberen de un exceso de complejidad no totalmente justificado (GENTILI, A., “I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto”, en ALPA, G., BUCCICCO, E. N. [dirs.], *Il Codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000*, Giuffrè, Milán, 2001, p. 264) o que con la eliminación de la causa en Derecho español “no sucede nada” (PEDREIRA, A., “Contrato y causa en el Derecho español”, en VACCA, *Causa e contratto*, cit., p. 349).

<sup>16</sup> ALPA y GENTILI encuentran reflejada la teoría de la causa en los PECL, en “I PECL e il Codice civile italiano”, en ALPA/BUCCICCO, *Il Codice civile europeo*, cit., p. 136, e “I principi...”, cit., pp. 254-5, respectivamente.

<sup>17</sup> Esto implica reconocer que los tradicionales requisitos de validez son teorías, construcciones conceptuales contingentes que han desempeñado y siguen desempeñando un papel importante en las legislaciones nacionales, pero que pueden desaparecer en una futura normativa armonizada. No es negar su validez ni su utilidad, sino contextualizarla: valen en tanto que explican el sistema y resuelven problemas, y, por lo mismo, se podrá prescindir de ellos en tanto que sean sustituidos por otros mejores.

<sup>18</sup> Una de cuyas principales funciones debe ser favorecer la comunicación de la diversidad, según la importante precisión de HYLAND basada en la experiencia estadounidense, “The american restatements and the UCC”, en HARTKAMP, *Towards...*, cit., pp. 55-70. También se ha dicho que una de las ventajas de los Principios (en este caso, hablando de los PU) es que su carácter doctrinal permite modificarlos con más facilidad que si se tratara de un Convenio, vid. intervención de ZIEBEL en *Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?*, Valencia [Venezuela], 1996, p. 221.

satisfecho en los textos armonizadores. Se asume de antemano que el análisis funcional no es sencillo, pero también se considera que, a pesar de sus deficiencias, resulta conveniente<sup>19</sup>.

Aunque los requisitos de validez posibles son muy numerosos, las funciones que su exigencia puede cumplir en el contrato son más limitadas. Con todos los matices que se quieran, se puede enunciar como hipótesis provisional que esos motivos o funciones por los que los ordenamientos pueden imponer un requisito de validez son reducibles a garantizar la intención de quedar obligado o garantizar que el acuerdo no es antisocial (ilegal o inmoral) ni contraviene una finalidad pública importante. El análisis de las funciones que cumple cada uno de los requisitos de validez tradicionales nos permitirá compararlos con la propuesta de regulación armonizadora, y de este modo podremos ver en qué medida supone un cambio y si éste es deseable.

## II. OBJETO

### 1. LA TEORÍA DEL OBJETO DEL CONTRATO

"La teoría del objeto como requisito de validez del contrato es una de las manifestaciones del espíritu sistemático y lógico del Civil Law, con todas sus ventajas y desventajas (...) [en este caso] no ha producido nada útil, ni desde el punto de vista de explicar y regular casos diversos aplicando un principio general, ni desde el punto de vista de la capacidad de la teoría misma para sistematizar los casos con fines didácticos o para hacer comprensible la materia".

Desde que Gino GORLA expresara en 1953 tan rotundo juicio<sup>20</sup>, el concepto "objeto del contrato" ha ido perdiendo predicamento a ojos de la doctrina, que lo considera confuso, innecesario e inútil<sup>21</sup>. Más que la existencia de un objeto del contrato, esta teoría pretende garantizar que aquello sobre lo que recae el acuerdo cumple tres caracte-

<sup>19</sup> Entre sus inconvenientes están que un requisito de validez puede cumplir varias funciones, y varios requisitos la misma función; asignarle una u otra puede resultar discutible y hasta arbitrario; y, en último término, lo vinculante es la norma, el instrumento técnico elegido por el legislador para lograr la función, que en cierto modo queda independizada de la función misma. Pero creo que son mayores las ventajas: permite atenuar la importancia de las discusiones terminológicas sobre conceptos distintos para los que se emplea la misma palabra (la causa es el ejemplo paradigmático), comparar conceptos heterogéneos originados en sistemas muy distintos pero en parte equiparables por su función (p. e., causa, consideration y forma), y comparar la situación vigente con la que resultaría de adoptar los textos armonizadores.

<sup>20</sup> "La teoría dell'oggetto", en *JUS*, 1953, pp. 289 y ss.; el párrafo entrecorillado, en p. 303.

<sup>21</sup> Por todos, ZWEIFERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, trad. inglesa por T. WEIR, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 8. Las exposiciones habituales de la materia no terminan de convencer ni convencense respecto a su utilidad; p. e., DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil parinomial*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, I, pp. 197-213; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, II-1, pp. 189-200. Por el contrario, una defensa convencida en SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

terísticas, configuradas como condiciones de validez: posibilidad, licitud y determinación<sup>22</sup>.

Ni PECL ni PU exigen un objeto para la validez del contrato (arts. 2.101 PECL y 3.2 PU)<sup>23</sup>, mientras que el AvCEC lo sustituye por un "contenido" al que exige las mismas cualidades (art. 25 AvCEC). Pese a su ausencia de los Principios, en la exposición adoptaré la estructura tradicional en torno a los tres requisitos, para analizar después el apartado con más relevancia práctica: la determinación del precio en la compraventa.

### 2. POSIBILIDAD

La regla expuesta por CELSO según la cual "nadie está obligado a lo imposible" (*ad impossibilia nemo tenetur*, D. 50.17.185) destila un aire de evidencia que muchos códigos han traducido en exigir como requisito de validez la posibilidad del objeto o prestación de los contratos<sup>24</sup>. Sin embargo, lo evidente es que no se puede exigir lo imposible (*ex post*), no que eso deba provocar la nulidad (*ex ante*) del contrato. Si la norma pretende regular contratos de la vida real no se debe pensar en la venta de un centauro, sino en la obligación de pagar en una moneda extranjera cuando la autoridad monetaria no autoriza la conversión. Tratar la imposibilidad como un requisito de validez implica optar por un automatismo lógico pero poco práctico que no soluciona convincentemente los problemas<sup>25</sup>.

El AvCEC ha optado por mantener la tradicional exigencia de posibilidad del contenido (art. 27 AvCEC). Por el contrario, en los Principios la validez del contrato no se ve afectada por "el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída" (art. 3.3[1] PU, cfr. 4.102 PECL). De este modo, los supuestos de imposibilidad se resuelven desde el incumplimiento, con lo que se simplifica la normativa y se favorece la conservación del contrato. Queda por ver si todas las posibilidades gozan de una regulación adecuada:

<sup>22</sup> La exigencia de que el contrato tenga un objeto, tan sorprendente a ojos británicos (p. e., MARSH, P.D.V., *Comparative contract law*, Gower, Hampshire, 1996, p. 83), es más una forma mental *a priori* del jurista francés que una exigencia propiamente dicha, como puede verse por la casi total ausencia de sentencias que declaren la nulidad de un contrato por falta de objeto. En este sentido, entiendo que la pregunta sobre si el objeto del contrato es la cosa, la prestación o la relación jurídica creada o modificada por él tiene escaso interés.

<sup>23</sup> El comentario oficial a los PECL sobre este punto, en LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 142 y 148.

<sup>24</sup> Arts. 1346 Cc.I, 1272 Cc., § 306 BGB, 280.1 Cc.P. En Francia se ha elaborado a partir del art. 1128 Cc.F.

<sup>25</sup> Además de exigir múltiples aclaraciones, como que no impide contratar sobre un objeto futuro -art. 1271 Cc.- o ajeno -ex arts. 1461 y 1462 Cc.-, diferencias entre las imposibilidades natural y legal, parcial y total, originaria y derivada, transitoria y duradera, absoluta y relativa, etc. Esto explica la general insatisfacción con las normas sobre la materia y las propuestas de reforma (BONELL menciona las de Italia y Alemania, *Un Codice...*, cit., pp. 91-2). Una idea de la complejidad e inseguridad de la doctrina británica de la *frustration* en TREITEL, *The law...*, cit., pp. 778-837.

a) La imposibilidad originaria es conocida o prevista por las dos partes (supuesto que tiene sentido en cuanto los contratantes están distribuyendo unos riesgos). El contrato es válido, y si el obligado no es capaz de cumplir lo "imposible", debe responder por incumplimiento (sin que concurra la fuerza mayor de los arts. 8.108 PECL, 7.1.7 PU o 79.1 CISG).

b) La imposibilidad es desconocida e imprevisible para ambos contratantes sin culpa de ninguno (p. e., venta de algo que "al tiempo de celebrarse la venta se hubiere perdido totalmente", art. 1460 Cc.). El vendedor no podrá entregar la cosa, pero se encontrará previsiblemente en un supuesto de fuerza mayor exonerante (8.108[1] PECL, 7.1.7[1] PU, 79.1 CISG).

c) Sólo una parte ignora la imposibilidad. Si quien ignora debía saber o es quien mejor puede protegerse frente al riesgo, deberá asumir el incumplimiento, sea suyo o de la otra parte. Si quien ignora no estaba obligado a saber, generalmente concurrirán las circunstancias para que el contrato sea anulable por error (4.103 PECL, 3.5 PU).

d) Si la imposibilidad es sobrevenida, no debería afectar a la validez de un contrato originariamente válido<sup>26</sup>. La solución vendrá por el incumplimiento, *hardship*, etc.

En su conjunto, la regulación que resulta de los PECL, PU y CISG parece más acertada y funcional que la del AvCEC o la de cualquier código europeo actualmente vigente.

### 3. LICITUD

Siguiendo la estela del Código civil francés (art. 1128 Cc.F), el español configura como requisito de validez del contrato que su objeto sea lícito: si es una cosa, que no esté "fuera del comercio de los hombres", y si es un servicio, que no sea "contrario a las leyes o a las buenas costumbres" (art. 1271 III Cc.); en la misma línea lo regula el art. 30 AvCEC. Aunque la finalidad de evitar la antisocialidad del contrato es importante, establecer este control en materia de objeto es propio de un estadio poco desarrollado del Derecho, pues la ilicitud puede producirse de otros modos algo más sutiles, como indica que haya normas equivalentes al regular los pactos o la causa (arts. 1255 y 1275 Cc.). Por ello, hay cierto acuerdo en que la ilegalidad o inmoralidad tienen mejor acomodo referidas al contrato en su conjunto (*vid. infra* III y VII)<sup>27</sup>.

### 4. DETERMINABILIDAD

El acuerdo alcanzado por los contratantes debe estar determinado o ser determinable, lo que implica permitir una concreción futura, pero con base en un mínimo de

<sup>26</sup> Es un principio común a las legislaciones europeas y asumido por los textos armonizadores que puede deducirse de 3.4 a 3.7 PU y 4.103 PECL; *vid. STORME*, "The Binding...", cit., pp. 251-4.

<sup>27</sup> Por todos, RAMS ALBESA, J., en *Comentarios al Código civil*, Edersa, Madrid, 1993, XVII-1º-B, pp. 448-52.

concreción inicial. Es una exigencia de razón presente en todos los Derechos, pero su plasmación legislativa es muy distinta en las tradiciones francesa y del *Common law*. La primera refleja una mentalidad racionalista que ante todo quiere evitar la indeterminación, vista como una cantidad de libertad del deudor poseída por el acreedor<sup>28</sup>. Por el contrario, el *Common law* tiende a pensar que si las partes han alcanzado un acuerdo contractual es que, en cierto modo, dan poca importancia a la concreción de lo que no han determinado, y no les importa que se complete razonablemente. El desarrollo histórico de ambos enfoques ha ocasionado que en los primeros países la determinabilidad se configure como un requisito de validez y el contenido mínimo se entienda de un modo apriorístico, mientras que en los segundos la determinabilidad no es un requisito autónomo, sino un elemento de la formación de la voluntad.

Aislado las funciones que cumple la exigencia de determinabilidad, podemos distinguir tres:

a) Aptitud de determinar sobre qué ha recaído el acuerdo. Esto no es propiamente distinto del consentimiento mismo: siempre que se acuerda, se acuerda algo. En este sentido, un acuerdo que no alcance un contenido mínimo no puede originar un contrato. Este es el "acuerdo suficiente" exigido para la formación contractual por el art. 2.103 PECL<sup>29</sup>.

b) Aptitud para determinar el contenido de las obligaciones nacidas del contrato, sin la que no podrían cumplirse ni exigirse. Para lograr este objetivo apenas es necesario exigir determinación inicial; basta con establecer una serie de reglas objetivas y justas que permitan completar los términos que las partes hayan dejado abiertos. Ésta es también la vía empleada por los PECL y PU, que no regulan esta materia en los capítulos de formación o validez, sino en el contenido del contrato (capítulos 6 y 5, respectivamente).

c) Se ha hablado de un tercer motivo: proteger a una parte frente a la posible actuación abusiva de quien determina, sobre todo si es la otra parte<sup>30</sup>. También se ha que-

<sup>28</sup> *Id.* HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 82. Para todo este apartado, *vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, J.*, *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001, pp. 55-6 y 86-7.

<sup>29</sup> Aquí los Principios siguen la tradición anglosajona al no indicar un contenido mínimo que deba alcanzarse como requisito de validez (STORME, "The Binding...", cit., 1º ed., pp. 165-6). Los comentaristas sugieren que puede bastar con el tipo de contrato y unos pocos términos cruciales como el tipo de bien y la cantidad (LANDO/BEALE, *Principles...*, cit., p. 147), en lo que siguen la § 2-201 UCC. Más vinculado a la tradición francesa, el art. 31.1 AvCEC aprecia determinación suficiente cuando el contenido puede ser deducido del acuerdo.

Naturalmente, la falta de determinación de un elemento puede indicar que no ha habido perfección. Pero el elemento de cuya determinación se hace depender la perfección del contrato puede ser cualquiera, aunque estructuralmente no sea "esencial" (art. 2.103(2) PECL, *cf.* § 2-305(4) UCC); y carece de valor autónomo: es un dato más que debe analizarse conjuntamente con otros que puedan indicar lo contrario, como el comienzo de cumplimiento (art. 2.14 PU).

<sup>30</sup> Esta explicación, elaborada en relación con el art. 1174 Cc.F (prohibición de la condición potestativa) en un contexto muy determinado de la doctrina y jurisprudencia francesas sobre determinación del precio (GHESTIN, J., "L'indetermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)", D. 1973, *Chro.*, pp. 293-98), pretendía ante todo sustituir el régimen de nulidad absoluta por el de anulabilidad para que sólo pudiera pedirla el contratante débil merecedor de protección. Más detalles sobre el contexto *infra*, II.5.

ruido ver en la exigencia de expresión y forma impuesta por la normativa comunitaria protectora de los consumidores la finalidad de impedir la indeterminación de los elementos esenciales del contrato, especialmente el precio<sup>31</sup>. Sin embargo, probablemente estas finalidades protectoras se alcanzarían mejor controlando *a posteriori* que la determinación del precio ha sido razonable, como hace el BGB (§§ 315 y 319).

Se comprende, por tanto, que las formulaciones legales más modernas de la teoría del objeto exijan la determinabilidad casi como un tributo a la tradición, pero vacío de contenido jurídico (así, arts. 1412 CCQ y 31.1 AvCEC). Probablemente sea mejor que, como ocurre en los Principios, la determinación desaparezca como requisito de validez autónomo y sus funciones se desplacen hacia la formación (arts. 2.101 y 2.103 PECL, 2.2 y 2.14 PU) o el contenido del contrato (arts. 6.104 – 6.109 PECL, 5.6 y 5.7 PU).

## 5. LA COMPRAVENTA CON PRECIO DETERMINABLE

El precio de la compraventa es una materia especialmente sensible, y estructuralmente tan esencial que parece peligroso permitir su fijación de otro modo que no sea directamente por las partes. Y, sin embargo, la realidad contractual precisa muchas veces que se determine indirectamente. Quizá ésta sea la cuestión que mejor muestra las insuficiencias de la teoría del objeto del contrato, las dificultades de armonizar diferentes mentalidades y, pese a todo, la posibilidad de alcanzar resultados razonables<sup>32</sup>.

Se trata de ver qué grado de determinación inicial debe exigirse, qué modos de determinación se permiten, si la ley establece un criterio supletorio, y si el precio resultante del modo previsto es impugnabile e integrabile. En un principio, las legislaciones más restrictivas son los códigos derivados del francés, que sólo permiten cláusulas pactadas de antemano en el contrato, inintegrables e inimpugnables; el BGB regula principalmente la determinación por una de las partes y su control; y el *Common law*, con gran flexibilidad, permite que no se indique nada acerca del precio y que se complete después aplicando criterios de razonabilidad. Sin embargo, estas diferencias entre sistemas se han reducido mucho. En el fondo, el precio determinable es consecuencia de la racionalidad y complejidad en la contratación, y como su empleo y variedades no dejan de aumentar, puede decirse que, por una vía u otra, hoy todos los países europeos lo regulan de un modo flexible<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> BARENGHI, A., "L' oggetto del contratto", en LIPARI, N. (dir.), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, II, p. 607.

<sup>32</sup> Para todo el apartado es inevitable que me refiera a FAJARDO, *La compraventa...*, cit., *passim*.

<sup>33</sup> En muchos países esto se ha traducido en la flexibilización legal: prácticamente todas las leyes sobre la materia aprobadas durante el siglo XX, con independencia de su tradición jurídica, contienen reglas modernas y flexibles sobre determinación del precio (arts. 184 y 212 COS, 1474 Cc.I, 883 Cc.P, 8 SGA, 2-305 UCC, 7-4 NBW). En otros, las normas son rígidas y no se han modificado, pero son aplicadas de modo muy flexible por los tribunales, como ocurre en Bélgica o en España. El ejemplo extremo de aplicación rígida de normas rígidas tuvo lugar en Francia durante los años 1978-1995, con la consecuencia de una "tensión jurídica" desproporcionada (alta conflictividad, discrepancias jurisprudenciales, inseguridad jurídica, disfunciones en la contratación y exagerada atención de la doctrina), que se resolvió finalmente con las cuatro sentencias del pleno de la *Cour de Cassation* de 1 diciembre 1995 (DS. 1996, pp. 13-21, nota de L. AYNES; JCP, 1996, II, 22565, pp. 21-34, nota de

El proceso de elaboración de los textos armonizadores refleja fielmente la evolución en el modo de entender la materia en estos últimos años<sup>34</sup>. Poniendo en relación los textos se obtiene una normativa relativamente completa y coherente de la institución:

a) La indeterminación del precio (como la de cualquier otro elemento) sólo es un obstáculo a la validez del contrato cuando indica falta de consentimiento (2.14[1] PU, 2.103[2] PECL), pero no en otro caso.

b) Los criterios a los que se puede remitir el precio son amplísimos: objetivos o subjetivos, incluida la determinación por un tercero o por uno de los contratantes, en ambos casos según arbitrio de equidad<sup>35</sup> (6.105 PECL, 31.2 AvCEC). La remisión puede ser explícita, tácita, implícita, o no existir en absoluto, en cuyo caso la laguna se integrará con el criterio indicado por la ley.

c) La indeterminación sobrevenida del precio no afecta a la validez del contrato (2.14[2] PU). Tampoco la negativa de quien debería determinar, ni su actuación fijando un precio manifiestamente irrazonable, ni la ausencia del factor al que se remitió el precio afectan a la validez del contrato; simplemente, requieren que el precio sea completado posteriormente con el criterio legal (5.7[2], [3] y [4] PU, 6.105, 6.106 y 6.107 PECL, 31.3 y 6 AvCEC).

d) En cuanto al criterio para completar la laguna del precio en cualquiera de esos casos, sería bueno "armonizar" los criterios de CISG, PU, PECL y AvCEC y proponer sólo uno para todos los casos, evitando así una cierta (y creo que errónea) sen-

J. GHESTIN. Con más detalle y referencias a jurisprudencia y doctrina francesas, FAJARDO, "La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución", en ADC, 50 [1998], pp. 1751-92; más brevemente en FAJARDO, *La compraventa...*, cit., pp. 100-109). Desde entonces, se puede decir que en la Europa comunitaria no hay sistemas rígidos en materia de determinación del precio.

<sup>34</sup> La redacción de los artículos relativos a la determinación del precio en la CISG de 1980 fue uno de los puntos en que estuvo más vivo el conflicto entre sistemas jurídicos y con más dificultad se alcanzó un consenso (algunas de las discusiones y propuestas al respecto pueden verse en HONNOLD, J. O. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 32, 151, 209, 341 y, sobre todo, 584-5). El resultado final cristalizó en los arts. 14 (que exige determinación o determinabilidad del precio expresa o tácita para que la oferta se considere suficientemente precisa) y 55 (que establece la validez e integrabilidad de un contrato celebrado sin mención expresa ni tácita del precio). Se ha especulado mucho sobre su supuesta incompatibilidad, pero no hay tal: uno exige la determinación como elemento para la suficiencia del contrato (en la oferta, art. 14), y otro permite la aplicación de un criterio supletorio para completar el contenido de un contrato ya perfecto (art. 55) (HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., pp. 410 y 480; FAJARDO, *La compraventa...*, cit., pp. 136-7 y 156-9). Aunque algunas ambigüedades en la redacción de este último reflejan que se trata de un texto de consenso, su aprobación y aplicación han sido un importante paso para que los juristas de los países más reacios acepten la utilidad y la conveniencia de regular de modo flexible el precio determinable, y eso se ha notado en la ausencia de polémica que (hasta donde conozco) ha acompañado la redacción de los PU, PECL y AvCEC.

<sup>35</sup> La diferenciación entre arbitrio de equidad (*appréciation équitable*) y libre arbitrio (*seul arbitre*) contenida en los arts. 31.2 y 31.4 AvCEC responde más a la tradicional prevención frente a la arbitrariedad que a una diferencia real en la realidad contractual nunca hay remisión del precio a libre arbitrio, vid. FAJARDO, *La compraventa...*, cit., pp. 352-4.

sación de contradicción que pueden producir<sup>36</sup>. Este criterio bien podría ser el de un precio razonable, es decir, el que considerarían razonable personas de buena fe que estuvieran en la misma situación que las partes (art. 1.302 PECL). Muchas veces (no siempre) coincidirá con el precio generalmente cobrado (es decir, de mercado) en el momento de la perfección del contrato en circunstancias semejantes y dentro del ramo en que se contrata (5.7[1] PU, 55 CISG, 31.6 AvCEC)<sup>37</sup>.

La regulación que se acaba de mencionar puede parecer incompatible con la de algunos Ordenamientos europeos<sup>38</sup>, pero hoy en día no lo es. Tampoco en España, donde, pese al tenor literal de los arts. 1447-1449 Cc., salvo la compraventa sin men- ción de precio y la remisión *ex ante* a determinación por una de las partes, que care- cen de arraigo entre los operadores jurídicos españoles, todo lo demás se hace y se admite habitualmente en la contratación y en los tribunales, aunque muchas veces sin decirlo abiertamente<sup>39</sup>. Desde luego, sería conveniente que esa admisión fuera más clara, ya sea modificando la ley o con un reconocimiento jurisprudencial expreso. La regulación contenida sobre este punto en las propuestas armonizadoras (que, como puede deducirse de lo expuesto, y con las salvedades dichas, debe considerarse suma- mente positiva) puede ser una buena ocasión para ello.

### III. CAUSA

Se ha dicho que la expresión "sin necesidad de ningún otro requisito" (*without any further requirement*) se introdujo en los arts. 3.2 PU y 2.101 PECL con el principal objetivo de acabar con (*do away with*) las doctrinas de la causa y la *consideration*<sup>40</sup>. Lo cierto es que la no exigencia de causa es uno de los puntos en que coinciden los cua- tro textos que aquí se analizan (incluido el art. 5.3 AvCEC).

Respecto a la causa del contrato, se puede afirmar que es requisito de validez en los sistemas causalistas de Francia, Italia, España y Austria. En todo lo demás la doctrina muestra una inquietante diversidad según las épocas, países y escuelas: varía el con- cepto, el carácter unitario o múltiple, la función que se le atribuye, la consideración

<sup>36</sup> Efectivamente, los arts. 55 CISG, 5.7(1) PU y 6.104 PECL (precio supletorio si no se dice nada en el con- trato) y 5.7(3) PU y 6.106(1) PECL (precio supletorio si el tercero no realiza la determinación) parecen contra- decirse. Esto no responde a diferencias de política legislativa (BONELL, "UNIDROIT Principles...", cit., p. 237); considero que ni siquiera son criterios opuestos, sino diferentes concreciones del concepto "precio razonable".

<sup>37</sup> Las posibilidades son muchas más y deben partir siempre de los elementos interpretativos proporcionados por el mismo contrato. Vid. una exposición con base en la jurisprudencia en FAJARDO, *La compraventa*..., cit., pp. 609-26.

<sup>38</sup> Suele considerarse uno de los puntos donde puede haber más conflicto entre ordenamientos estatales y tex- tos armonizadores: p. e., vid. las intervenciones de ILLÉSACA Y ZIEGLER en el coloquio publicado posteriormente en el volumen *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho común...*, cit., pp. 208-9 y 224, respectivamente.

<sup>39</sup> FAJARDO, *La compraventa*..., cit., *passim*.

<sup>40</sup> HARTKAMP, *Towards...*, cit., p. 113.

de esencial o inútil... No hay espacio aquí siquiera para asomarse a ninguna de estas cuestiones, pero parece lícito preguntarse cómo afectarían las propuestas armonizado- ras a un sistema causalista como el nuestro en el que, según suele entenderse con base en la ley (art. 1261.3<sup>o</sup> Cc.) y en la jurisprudencia, "no existen contratos sin causa"<sup>41</sup>; dicho de otro modo, qué contratos que hoy no son admisibles por falta de causa o de alguno de sus atributos pasarían a ser válidos si ésta dejara de exigirse. Agrupando los supuestos para los que se suele afirmar la utilidad de la causa y analizando si su ausen- cia provoca la nulidad contractual o no y por qué, podremos acercarnos a resolver el problema propuesto<sup>42</sup>.

a) Son declarados nulos por falta de causa aquellos contratos de cambio típicos (entendiendo por tales los que gozan de una cierta regulación social, al margen de si están legislados o no) en los que no hay voluntad de que exista contraprestación; es decir, los contratos simulados que, además de carecer de la causa que simulan, carecen también de otra disimulada<sup>43</sup>. En efecto, un contrato típico es anulado por falta de causa sólo si es simulado. Esto no significa que los contratos típicos carezcan de causa o reciprocidad; al contrario, en ellos la causa va absorbida en el propio tipo, "tienen la causa en sí mismos". Por eso el control de la existencia de la causa de un contrato típico no simulado es, simplemente, irrelevante (*vid. infra* VIII.1)<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., en PASQUAU LIARÓ, M., (dir.), *Jurisprudencia civil comentada*, Comares, Granada, 2000, II, p. 2225.

<sup>42</sup> Otras sistematizaciones de las funciones que cumple la exigencia de causa: STOKWIE, "The Binding...", cit., p. 244; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 164-8; LA Cruz BARRERO, J. L., "La causa en los contratos de garantía", RCDJ, 1981, pp. 709-55, citado según *Ensayos de Derecho privado, común y foral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, II, pp. 59-98; CLAVESIA GOSÁLVEZ, H., *La causa del contrato*, Studia Albertiana, Bolonia, 1998, pp. 149-67; GAMBINO, A., "Síntesi inconclusiva in tema di causa e contratto", en VACCA, *Causa e contratto*..., cit., p. 556-8; Díez-PICAZO, *Fundamentos*..., cit., I, pp. 217-9; ALPA, G., "Causa e contratto: profilo attuale", en VACCA, *Causa e contratto*, pp. 270-8; ÁLVAREZ CAFFOCCHI, J. A., *Curso de Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2001, II, p. 79. Sobre su elaboración histórica, GORLA, G., *El con- trato*, (trad. española de José Ferrandis Vilella), Bosch, Barcelona, 1959, *passim*, y especialmente I, pp. 22-4, 337-354 y 368-71 y GETE ALONSO y CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979. Aunque la bibliografía es inabordable, deben citarse también: BERTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, (trad. espa- ñola de A. Martín Pérez), 2<sup>a</sup> ed., Ed. RDPiv., Madrid, 1959, pp. 132-65; CAPPANT, H., *De la causa de las obliga- ciones* (trad. española de Tarragón), Ed. Góngora, Madrid, 1922; DABIN, J., *La teoría de la causa* (trad. española de Pelmaecker), 2<sup>a</sup> ed., ed. RDPiv., Madrid, 1955; FASÍ, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1968; GALGANO, *Diritto*..., cit., II-1, pp. 170-88; JORDANO BAREJA, J. B., "La causa en el sistema del Código civil español", en *Compendio del CC*, 1990, I, pp. 1041-60; O'NEIL PÉREZ-PAIN, A., "Sobre la causa de los actos jurí- dicos", ADC, 9 (1956), pp. 578-86; CHESTNIN, J., *Traité de Droit civil*, II-1, LGD, Paris, 3<sup>e</sup> ed., 1993, pp. 821-949; MALAURIE, P./AUVIES, L., *Droit civil*, 6<sup>e</sup> ed., Cujas, Paris, VI, 1995, pp. 284-98; GOUBEAUX, G./BIHR, P./HENRY, X., *Code civil entrée d'annotations tirées des bases de données juridiques*, 1<sup>er</sup> ed., Dalloz, Paris, 1995, pp. 721-9.

<sup>43</sup> La causa de estos contratos no es la que indica su tipo (simular el contrato significa excluir voluntariamente la exigencia de una o las dos prestaciones). Sin embargo, no son nulos simplemente por ser simulados, ya que pueden encajar en un contrato disimulado válido, siempre y cuando éste tenga a su vez su propia causa (que puede consistir en otra contraprestación, el pago de una obligación anterior -jurídica o no-, un *animus donandi*, etc.). Ahora bien, si el contrato disimulado carece de esa otra causa, entonces se entiende que no hay voluntad con- tractual y por tanto el contrato es nulo.

<sup>44</sup> La frase entrecuillada es de DABIN, *La teoría*..., cit., p. 31. Lo cual no es incompatible con la libertad para configurar los tipos contractuales; más bien, la tipicidad social asegura que no haya dudas respecto a la intención

Por lo demás, y sin necesidad de exigir causa, la regulación del contrato simulado contenida en el art. 6.103 PECL (prevalencia del auténtico acuerdo entre las partes) lleva a la misma solución: la simulación absoluta debe considerarse ausencia de voluntad contractual, y por lo tanto no origina un contrato válido (2.101[1a] PECL)<sup>45</sup>.

b) En la nulidad por ilicitud de causa (art. 1275 Cc.) confluyen varias cuestiones distintas<sup>46</sup>. La función que cumple aquí el control de licitud de la causa es evitar la antisocialidad de los contratos. Aunque atribuir la legalidad y moralidad a la causa supone un grado mayor de sutileza que exigirla únicamente del objeto del contrato (art. 1271 III Cc.), la jurisprudencia utiliza el concepto para anular contratos que le parecen prohibidos por el motivo que sea, sin profundizar en el concepto técnico de causa, por lo que sería perfectamente sustituible por una exigencia de legalidad y moralidad del contrato entendido en su conjunto (*vid. infra* VII)<sup>47</sup>.

c) Suele decirse que la distinción de causa y motivo pretende privar de relevancia contractual a los motivos que llevaron a las partes (las dos o una de ellas) a contratar. Más bien es al revés: el motivo como opuesto a la causa se acuñó para permitir la anu-

de vincularse de quienes así contratan (*vid. GORLA, El contrato, cit.*, pp. 461-2). Esto explica que la CISG o nuestro Cc. puedan regular la compraventa sin mencionar la causa: como toda compraventa no simulada tiene causa, exigirla carece de sentido.

<sup>45</sup> Podría pensarse que al contrato atípico se le debe exigir con más rigor una contraprestación que justifique la condena del obligado y haga objetivamente plausible la voluntad de obligarse (GORLA, *El contrato, cit.*, p. 217), y, efectivamente, éste es el sentido del juicio de *meritivoléza* o merecimiento de protección jurídica establecido en Italia (art. 1322 II Cc.I) con la finalidad de "cribar los esquemas contractuales atípicos" (GALGANO, F., *Atlas de Derecho Privado comparado*, [trad. española de Fernández Campos y Verdura], Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 171). Sin embargo, lo normal es que los contratos atípicos establezcan claramente (más claramente, debido a su atipicidad) cuál es la contraprestación pretendida; esto explica que la jurisprudencia sobre simulación se mueva sobre todo en el ámbito de los contratos típicos.

<sup>46</sup> Se pueden resumir como sigue:

- Ciertos acuerdos sobre contenidos no ilegales en sí mismos, pero sí en su combinación, como ofrecer o recibir contraprestación por cumplir con un deber que ya se tenía (p. e., pago de particular a policía), por no hacer algo ilícito (p. e., cobrar por no causar daños) o por realizar conductas que según el sentir social no deben estar sometidas a contraprestación patrimonial (p. e., tener, reanudar o concluir relaciones íntimas).

- Otras veces se anula por causa ilícita un contrato anómalo (fiduciario, indirecto, simulado, en fraude de ley), pero no por falta de voluntad contractual, sino por considerar inmorales el conjunto resultante pretendido por las partes (p. e., compraventa en función de garantía en que un prestamista se aprovecha de la necesidad del prestatario).

- Sin embargo, la mayoría de las veces que se anula un contrato con base en el art. 1275 Cc. no es por ninguno de los motivos dichos, sino porque se ha realizado en daño de terceros legitimarios, acreedores o arrendatarios (Vid. ALBIEZ, en PASQUAU, *Jurisprudencia...*, cit., II, p. 2230). Para esos casos nuestro Derecho dispone de otros mecanismos más específicos que deberían preferirse (rescisión por fraude de acreedores, reducción de donaciones inoficiosas, etc.), y ésta es la línea que parece adoptar últimamente nuestra jurisprudencia (STS 30 diciembre 1998, RAJ 9982).

<sup>47</sup> DABIN, *La teoría...*, cit., pp. 235-7; ZWIGERT/KÖTZ, *An Introduction...*, cit., pp. 77-9 y ALPA, "Causa e contratto...", cit., p. 278. La jurisprudencia española también utiliza casi indistintamente los arts. 1275 y 1271 III Cc. (SAN JULIÁN, en PASQUAU, *Jurisprudencia...*, cit., II, p. 2204, y ALBIEZ, en PASQUAU, *Jurisprudencia...*, cit., II, p. 2229).

labilidad del contrato cuando concurrían algunos errores relevantes que no encajaban en el estrecho concepto de error del que disponía la teoría clásica del contrato. Los Principios no tienen tal necesidad: los tradicionales supuestos de "motivo causalizado" encuentran perfecto acomodo en el concepto mucho más amplio de error de los arts. 3.4 - 3.7 PU y 4.103 PECL<sup>48</sup>.

d) También se dice que la causa es la "justificación del cumplimiento y subsistencia de los efectos del contrato" o la "interdependencia de las obligaciones nacidas en contratos sinalagmáticos"<sup>49</sup>. Según esto, se atribuyen a la causa (o a su ausencia) la resolución por incumplimiento, el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas o el reequilibrio de las prestaciones con criterios de equidad ante lo imprevisible. Pero el supuesto de hecho de tales figuras se refiere a circunstancias sobrevenidas (que, como hemos visto, no deben afectar a la validez) y los efectos que se les atribuyen no son los propios de la nulidad, por lo que difícilmente puede mantenerse que la causa entendida en este sentido sea un requisito de validez. Por lo demás, las supuestas consecuencias de la falta de causa del contrato también gozan de regulación correcta y coherente en sistemas no causalistas y en los Principios, pueden explicarse al margen de la causa, y hasta es discutible que ésta aporte algo a su correcta comprensión<sup>50</sup>.

e) Tampoco es auténtico requisito de validez la causa entendida como "dependencia de los negocios unos de otros" (causa como opuesta a la abstracción). Esta causa sólo se exige a algunos contratos que, por ser dependientes de una relación subyacente previa, resultan afectados si esa relación es defectuosa o desaparece (v. gr., arts. 1824 I y 1857.1<sup>o</sup> Cc.)<sup>51</sup>. En este caso la abstracción no es más que un modo de limitar la invocabilidad de los defectos de la relación principal en la accesoria. Esto ocurre en distinta medida en las relaciones entre partes y frente a terceros: entre los contratantes la limitación sólo puede llegar hasta la abstracción procesal<sup>52</sup>, mientras que el pacto

<sup>48</sup> Es más, cuando realmente se podría utilizar este sentido de causa, la jurisprudencia tiende a aplicar en su lugar la resolución contractual (*vid. STS 1 abril 1998, RAJ 1912, comentada por VERDURA en RDPal.*, I [1998], pp. 325-31). Para la exposición clásica del motivo determinante, *vid. DE CASTRO, Negocio...*, cit., p. 229 y GALGANO, *Atlas...*, cit., p. 171. La evolución del concepto objetivo de causa hacia el motivo determinante hasta que llega a confundirse con el error, en DABIN, *La teoría...*, cit., pp. 163-76. Sobre el encuadre de los motivos en el régimen de error de los Principios, STORME, "The Binding...", cit., pp. 251-2.

<sup>49</sup> Formulación de ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, *Curso...*, cit., II, p. 79 y LACRUZ, *Elementos...*, cit., II-1, p. 441, respectivamente.

<sup>50</sup> Incluso puede dificultarla si lleva a pensar que una vez producido el incumplimiento el contrato ha quedado desprovisto de causa y la única posible solución lógica es su terminación. Por el contrario, según el planteamiento anglosajón (y, en esto, el de los PECL) el contrato sigue valiendo, pero otorga a la parte cumplidora unos remedios variados (que incluyen, junto a la resolución, la reducción del precio, adaptación del contrato, etc.) entre los que ella debe elegir.

<sup>51</sup> LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 455.

<sup>52</sup> Es decir, una inversión de la carga de la prueba que recae sobre el deudor, pero que éste puede destruir con relativa facilidad probando la existencia de una relación previa que pueda ser base del contrato y los defectos de dicha relación.



o la misma naturaleza del negocio pueden hacer que determinadas acciones derivadas de la relación subyacente no afecten a terceros<sup>53</sup>. En cualquier caso, este sentido del término "causa" no guarda relación con la causa como requisito de validez que estamos analizando.

f) Los jueces emplean la "causa" en tanto que contenido sustancial de lo querido por las partes como criterio para interpretar la voluntad contractual, completar lagunas, integrar la relación jurídica de un modo equitativo, controlar la coherencia de las cláusulas o incluir o excluir la asignación de riesgos<sup>54</sup>. Sin embargo, no está claro que este concepto de causa aporte nada significativo a los criterios interpretativos e integradores tradicionales (arts. 5.101-107 y 6.101-6.102 PECL), y de ningún modo puede ocasionar la nulidad del contrato, por lo que no puede considerarse un requisito de validez.

g) También se llama "causa" (*justa causa traditionis*) al requisito exigido legalmente para atribuir a un hecho el efecto de la adquisición de un derecho. Esta causa de las atribuciones patrimoniales, fundamental en el régimen de transmisión de los derechos, sobre todo los de propiedad, no guarda relación con la causa como requisito de validez de los contratos y no se ve en absoluto afectada por los arts. 3.2 PU y 2.101 PECL; para hablar de ella habría que referirse a los textos que pretendan la armonización en materia de propiedad, todavía en fase de redacción.

Lo visto nos muestra que se atribuyen a la causa unas funciones absolutamente dispares, muchas de las cuales nada tienen que ver con su supuesta exigencia como requisito de validez de todos los contratos por nuestro Derecho. A pesar de las brillantes construcciones doctrinales que defienden lo contrario<sup>55</sup>, no parece que la causa del contrato como concepto unitario aclare ni solucione nada, y se comprende que crezcan las voces que le son críticas<sup>56</sup> y que los códigos más recientes prescindan de ella (Portugal, Holanda) o la reduzcan a la nada (art. 17 COS, art. 1410 CCQ). Sin embargo, esto no significa que la causa sea inútil: cumple una función allí donde realmente es exigida, es decir, en los contratos simulados, en los que la existencia de una causa (generalmente, un *animus donandi* o remuneratorio) indica si realmente existió voluntad contractual o si, por el contrario, el contrato fue absolutamente simulado. Lo cual confirma que la función propia de la causa del contrato como requisito de validez es indicar la intención de quedar vinculado jurídicamente (*vid. infra* VIII.1)<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> En el mismo sentido, STORME, "The Binding...", cit., p. 254; LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 455-7; CARRASCO, A. (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 132-4.

<sup>54</sup> ALPA, "Causa e contratto...", cit., pp. 272-7; GAMBARO, "Sintesi...", cit., pp. 556-8.

<sup>55</sup> DE CASTRO, *Negocio...*, cit., pp. 163-326; BETTI, *Teoría general...*, cit., pp. 132-65; CLAVERÍA, *La causa...*, cit., *passim*; JORDANO BAREA, "La causa...", cit.

<sup>56</sup> Se dice que es un mero motivo razonable para contratar, algo tautológico y superfluo, un concepto sintético, proteiforme, de sutileza a veces excesiva, que tiende al verbalismo y no resulta justificado por su utilidad, *vid. GHESTIN, Traité...*, cit., II-1, pp. 944-49; MALAURIE/AYNES, *Droit civil...*, cit., VI, p. 284; ZWIEGERT/KÖTZ, *An Introduction...*, cit., pp. 77-9. Para LACRUZ los tribunales invocan la causa del contrato de modo innecesario y como "expediente cómodo para confirmar decisiones de equidad y equilibrio de intereses que, a falta del concepto de causa, se hubieran fundado en las reglas generales de la contratación", *Elementos...*, cit., II-1, p. 449.

<sup>57</sup> ZWIEGERT/KÖTZ, *An Introduction...*, cit., p. 71; MALAURIE/AYNES, *Droit civil...*, cit., VI, p. 293.

#### IV. CONSIDERATION

Los arts. 2.101 PECL, 3.2 PU, 11 y 29 CISG y 5.3 AvCEC guardan silencio acerca de la *consideration*, y puede afirmarse sin duda que con ello pretenden excluirla como requisito de validez<sup>58</sup>. Comoquiera que es una figura exigida únicamente en el *Common law*, su omisión no afecta al Derecho español.

Para que el Derecho inglés reconozca un contrato como vinculante debe haber algo reconocido legalmente como valioso dado o prometido por una parte a cambio de la promesa o cumplimiento realizado por la otra<sup>59</sup>. Ese algo que se ofrece a cambio es la *consideration*, y en torno a diversas preguntas relacionadas con ese algo (en qué puede consistir o qué condiciones debe cumplir para que sea admitido como suficiente) se ha elaborado el "complejo y variado cuerpo de reglas que llamamos la doctrina de la *consideration*"<sup>60</sup>. Aquí sólo conviene entrar en las funciones que se pretenden al exigir la *consideration* como requisito de validez. Debe recordarse que el *Common law* se construye en torno al concepto de promesa más que al de contrato; igualmente, la regla expresada es más adecuada para las promesas en sentido lato (declaraciones unilaterales, acuerdos modificativos, ofrecimientos, etc.) que para los contratos típicos onerosos no simulados, que siempre tienen *consideration*. Los casos en que se plantean problemas respecto a su existencia son clasificables en tres grupos:

a) Las promesas unilaterales gratuitas informales no son exigibles por falta de *consideration*. La promesa unilateral no se considera suficiente para crear obligaciones, y para ser vinculante debe establecer una contraprestación o consistir en un *deed* (documento privado escrito<sup>61</sup>). La exigencia de *consideration* nació para esto: controlar la seriedad o intención de vincularse por parte de quien promete gratuitamente, y en este sentido es valorada positivamente por la doctrina<sup>62</sup>.

b) Pero también incurren en falta de *consideration* otras promesas o acuerdos, incluso escritos, generalmente surgidos en el marco de una relación previa, que establecen una promesa a cargo de una de las partes sin contraprestación a cargo de la otra. Eso

<sup>58</sup> *Principles...*, cit., pp. 138 y 140-1. La exclusión de la *consideration* fue la intención expresa de los redactores del art. 29.1 CISG, *vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en Díez-PICAZO, L., (dir.), La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 235.

<sup>59</sup> MARSH, *Comparative...*, cit., p. 103. Más bibliografía sobre *consideration* en ATIYAH, P.S., *An introduction to the law of contract*, 5ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 118-52; TREITEL, G. H., *The law of contract*, 9th. ed., Sweet & Maxwell, London, 1995, pp. 63-149. Desde el punto de vista continental: FROMHOLZER, F., *Consideration*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997; ALPA, "La *consideration*", en GALGANO, *Adas...*, cit., pp. 175-85; GORLA, *El contrato*, cit., pp. 389-455; CLAVERÍA, *La causa...*, cit., pp. 269-88.

<sup>60</sup> TREITEL, *The law...*, cit., p. 63.

<sup>61</sup> Originariamente, *deed* es lo mismo que documento *under seal* (sellado), pero la *Law of Property Act* de 1989 ha reducido sensiblemente las exigencias formales, TREITEL, *The law...*, cit., p. 146.

<sup>62</sup> ATIYAH, *An introduction*, p. 149; TREITEL, *The law...*, cit., p. 63; FROMHOLZER, *Consideration*, cit., pp. 345 y 355. Reconociendo la misma función pero dudando de su utilidad, ZWIEGERT/KÖTZ, *An Introduction...*, cit., pp. 71 y 77-8.

significa que la doctrina de la *consideration* dificulta (cuando no impide) la exigibilidad de acuerdos como el de realizar pagos adicionales, fijar o condonar deudas, conceder una opción, ofertar irrevocablemente, hacer recaer efectos contractuales sobre un tercero o, en general, modificar los términos de un contrato, si es que en ellos no se establecen beneficios para las dos partes. Son acuerdos muy frecuentes en el tráfico y que cumplen importantes funciones totalmente alejadas del *animus donandi*, pero que en el *Common law* resultan jurídicamente inexigibles sin más fundamento que la (probablemente, en este punto incorrecta) aplicación estricta de una doctrina elaborada con una finalidad muy distinta.

Muchos autores consideran que la finalidad pretendida con este aspecto de la *consideration* (impedir que una de las partes obtenga más ventajas de las inicialmente pactadas presionando injustamente a la otra) se alcanzaría mejor con otros mecanismos contractuales como la *duress* (o, se podría añadir, con las figuras de las amenazas y la ventaja excesiva o injusta reguladas en los arts. 4.108 y 4.109 PECL, respectivamente), y sugieren que la aplicación de esta doctrina debería reducirse hasta admitir, por lo menos, la validez de las modificaciones contractuales escritas aunque no establezcan prestaciones para los dos contratantes<sup>63</sup>. Por otro lado, la jurisprudencia va admitiendo poco a poco algunos de estos acuerdos, aunque sin modificar el concepto de *consideration* y empleando argumentaciones probablemente discutibles. Un ejemplo es la importante sentencia *Williams v. Roffey Bros & Nichols (Contractors) Ltd.* ([1991] 1 QB 1), que admitió la existencia de *consideration* porque la modificación del contrato (en el caso, un pago adicional al carpintero) estaba encaminada a lograr un beneficio práctico (evitar la resolución contractual).

c) Otro de los pilares sobre los que se apoya esta doctrina es la confianza en la palabra dada. Según esto, una promesa puede tener *consideration* suficiente cuando el beneficiario incurre en desventaja (generalmente, gastos) por confiar en ella, de modo que su situación habría sido mejor si no se le hubiera hecho la promesa que si después ésta se incumple. Éste es el sentido de la doctrina estadounidense de la *promisory estoppel* regulada en el § 90 (1) del *Restatement 2nd on Contracts*. Pero desde la comparación de instituciones y funciones, esto no parece un requisito de validez de los contratos, sino un modo de responsabilidad pre o extracontractual.

Por tanto, la valoración que merece la doctrina de la *consideration* es variada. Como control de voluntad contractual en el ámbito de lo gratuito cumple una importante función (similar a la que se ha visto que cumple la causa, supra III, infra VIII.1<sup>64</sup>);

<sup>63</sup> ATIYAH, *An introduction...*, cit., p. 134-5; TREITEL, *The law...*, cit., pp. 147-8; GORLA, *El contrato*, cit., pp. 497-99; FROMHOLZER, *Consideration*, cit., p. 355; vid. también la doctrina británica y estadounidense citada por CLAVERÍA, *La causa...*, cit., pp. 269-88. A la misma finalidad responde el art. 29.1 CISG.

<sup>64</sup> Aunque abundan los estudios que comparan causa y *consideration*, "los autores más perspicaces se muestran cautelosos ante aproximaciones tan sugerentes como ilusorias" (ALPA, "La *consideration*", cit., p. 181). Pero si en lugar de intentar compararlas en bloque (cosa imposible, dada la complejidad y multiplicidad de ambas) nos fijamos sólo en la función que realmente cumplen como requisitos de validez para la formación de los contratos (es decir, en cuándo provocan realmente la nulidad sin que exista consenso en que debería prescindirse de esa nuli-

como freno a la modificación de las relaciones contractuales podría sustituirse con ventaja por otros mecanismos; y como criterio para el reconocimiento de responsabilidad pre o extracontractual no afecta a lo que aquí estamos analizando.

## V. FORMA

### 1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA

En cuanto a la forma como requisito de validez de los contratos<sup>65</sup> hay un claro denominador común en los sistemas jurídicos europeos: el principio general es la libertad de forma (para España, arts. 1254, 1258 y 1278 Cc.), según el cual son válidos los contratos en los que el consentimiento se presta de cualquier modo (incluidos verbal y tácito), a menos que la ley exija excepcionalmente una forma determinada (p. e., documento público o privado) como requisito de validez para algún tipo de contrato<sup>66</sup>.

Los textos armonizadores han asumido plenamente este bagaje común y recogen expresamente el principio de libertad de forma para la compraventa y los contratos en general (11 y 29.1 CISG<sup>67</sup>, 1.2 y 3.2 PU, 2.101(2) PECL, 5.4 AvCEC).

### 2. FORMA LEGAL

Deberemos analizar cuáles son y a qué finalidad responden los supuestos en que el Derecho español puede declarar la invalidez de un contrato por falta de forma.

a) En nuestro sistema la forma es requisito de validez para algunas atribuciones patrimoniales gratuitas *inter vivos*: la donación de inmuebles requiere escritura pública (art.

dad, apartados analizados bajo la letra (a) tanto en la causa como en la *consideration*), la tarea es menos ardua. Desde luego, no son lo mismo, ni se formulan igual, pero sí cumplen la misma función: controlar la voluntad de quedar vinculado jurídicamente, especialmente cuando se trata de un contrato gratuito e informal (así también ZWEIFERT/KOTZ, *An Introduction...*, cit., p. 73) (vid. infra VIII.1).

<sup>65</sup> REGLERO CAMPOS, F., *Ad arts. 1278-1280, Comentarios al Código civil*, Edersa, Madrid, 1993, XVII-1<sup>o</sup>B, pp. 621-771 y en PASQUAU (dir.), *Jurisprudencia...*, cit., II, pp. 2253-74; DE CASTRO, *Negocio...*, cit., pp. 278-331; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 247-65; LACRUZ DELGADO, *Elementos...*, cit., II-1, pp. 428-35; SANTOS MORÓN, M.J., *La forma de los contratos en el Código civil*, BOE, Madrid, 1996; ZWEIFERT, KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 46-60; GALGANO, *Diritto...*, cit., II-1, pp. 201-13; FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. J. M. Miquel y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 296-349; STORME, "The binding...", cit., 1<sup>o</sup> ed., pp. 176-9; VON MEHREN, A., "Formal requirements", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, JCB Mohr, Tübingen, VII-10.

<sup>66</sup> Respecto a la libertad de forma hay casi unanimidad en la doctrina. Un excepción es IRTI, N., *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Milano, 1997, *passim*, y esp. pp. XX-XXI y 138-50, pero las consecuencias que extrae de su crítica se reducen a requerir la exigencia de forma por analogía en algunos contratos atípicos, cosa que también puede defenderse desde la libertad de forma.

<sup>67</sup> La operatividad del principio de libertad de forma reconocido por estos artículos se ve algo reducido por la salvedad del art. 12 CISG, impuesto por la entonces URSS y otros países de su órbita cuya rígida centralización del comercio internacional les llevaba a exigir formalidades como requisito de validez. Vid. HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., pp. 136-7; COCA PAYERAS, M., en DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa...*, cit., pp. 156-8.

633 I Cc.), la donación de muebles sin entrega simultánea necesita realizarse por escrito (art. 632 II Cc.)<sup>68</sup>, y según DE CASTRO esto último debe aplicarse también por analogía a los contratos reales gratuitos<sup>69</sup>. En todos estos casos la forma está cumpliendo la función de indicar la voluntad contractual o seriedad de intención en quedar vinculado<sup>70</sup>. En la misma línea, el art. 35.4 AvCEC exige escritura pública para cualquier donación de inmueble o mueble (salvo, en este último caso, que sea de valor módico)<sup>71</sup>.

b) Nuestro Ordenamiento exige una forma determinada (documento privado unas veces y público otras) para otros contratos: los enumerados en el art. 1280 Cc., los seguros (art. 5 Ley 50/1980 del contrato de seguro), etc. Pero en la mayoría de los casos la forma no es requisito de validez: el contrato nace y origina obligaciones aunque se realice sin observar la forma prescrita (arts. 1278 y 1279 Cc.).

Las capitulaciones matrimoniales, que reciben el tratamiento legal de actos a título oneroso, requieren como forma *ad constitutionem* su otorgamiento en escritura pública (art. 1327 Cc.). Pero la función de esta forma es la protección de terceros frente a la mutabilidad del régimen económico matrimonial constante el matrimonio (cfr. art. 1280.3º Cc. y STS 6 diciembre 1989, RAJ 8805), lo que explica que se admita la validez *inter partes* de pactos sobre régimen económico recogidos en documento privado (STS 4 diciembre 1985, RAJ 6202)<sup>72</sup>.

La ley también exige forma escrita para la cesión *inter vivos* de derechos de propiedad intelectual (arts. 45 y 61.1 TR Ley de propiedad intelectual) o de patentes (art. 74.2 Ley 11/1986 de Patentes), pero cabe dudar que sea un auténtico requisito de validez, sobre todo en el primer caso (el art. 45 le atribuye los efectos de permitir al cesionario que inste la anulación)<sup>73</sup>.

c) En el caso concreto de los contratos de garantía, su relación con la forma es algo compleja. Se ha dicho que se les debe exigir como requisito de validez para garantizar el comportamiento deliberado y reflexivo del garante, que con frecuencia ignora el alcance de su obligación<sup>74</sup>. Sin embargo, el Derecho español exige de la fianza civil

<sup>68</sup> Amplio consenso en jurisprudencia y doctrina: REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., XVII-1ºB, pp. 698-50 y *Jurisprudencia civil...*, cit., II, p. 2260; LACRUZ, *Elementos...*, cit., II-1, p. 433. Sobre la forma en la donación, en extenso, de LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 153-237.

<sup>69</sup> DE CASTRO, *Negocio...*, cit., p. 286-7.

<sup>70</sup> ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 47 y 53; GORLA, *El contrato...*, cit., p. 21. Aunque también se afirma que cumplen otras finalidades, como permitir el conocimiento de la liberalidad en beneficio de familiares y legitimarios del donante, SANTOS MORÓN, *La forma...*, cit., p. 179.

<sup>71</sup> Parece clara su inspiración en los arts. 782 I y 783 Cc.I, aunque al proyecto armonizador le ha faltado recoger también la exigencia de entrega de la cosa que establece su modelo (art. 783 I Cc.I).

<sup>72</sup> REGLERO CAMPOS, *Comentarios...*, cit., XVII-1ºB, pp. 713-15, y *Jurisprudencia civil...*, cit., pp. 2260-4.

<sup>73</sup> En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 1000.

<sup>74</sup> Así ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 60. Creo que una muestra de ello es el § 766 BGB: la promesa de constituir fianza debe ser escrita, pero la falta de forma queda subsanada cuando el fiador ya ha prestado la garantía, porque entonces no cabe duda de su voluntad de quedar vinculado.

sólo que sea expresa (art. 1827 Cc.) e impone una forma en pocos supuestos (p. e., en la fianza mercantil, art. 440 Ccom.). Igualmente, el contrato de hipoteca y el de prenda son válidos con el mero consentimiento (art. 1862 Cc.), con independencia de que los derechos reales correspondientes requieran con carácter constitutivo entrega (art. 1863 Cc.) e inscripción registral (art. 1875 Cc.), respectivamente<sup>75</sup>.

d) La protección a los consumidores llevada a cabo en los últimos años por las Directivas comunitarias y las normas estatales de transposición han establecido con frecuencia un llamado "nuevo formalismo" que exige forma (generalmente, escrita) como requisito de validez para algunos contratos (art. 6.1 Ley 7/1995, de Crédito al consumo; art. 6.1 Ley 28/1998, de Venta a plazos de bienes muebles), pero en general su regulación es más cercana a la anulabilidad (arts. 3.1 y 4 Ley 26/1991 de protección de los consumidores en contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles). La libertad de forma de los textos armonizadores no afecta en principio a la forma legal exigida por las leyes nacionales (con más detalle infra, VIII.2).

e) En cuanto a la forma *ad probationem* o exigencia legal de una forma determinada como único modo de probar válidamente la existencia de algunos contratos (generalmente, los de cuantía superior a una cifra establecida legalmente), no existe algo así en nuestro Derecho. Se puede hablar de una tendencia generalizada a considerar que tal exigencia es "indigna de un sistema legal moderno" en el que los jueces están dotados de suficiente sutileza probatoria como para que no se les imponga la prueba tasada<sup>76</sup>, por lo que los países que contenían históricamente estas limitaciones (principalmente Francia, art. 1341 Cc.F) las han superado por vía jurisprudencial<sup>77</sup>. La posibilidad de probar el contrato por cualquier medio, incluida la prueba de testigos, está expresamente contenida en los arts. 2.101(2) PECL, 1.2 PU y 11 CISG. Por el contrario, el AvCEC ha considerado oportuno exigir prueba escrita para los contratos de valor superior a 5000 euros (art. 36.2).

f) Todo lo anterior muestra que la auténtica función de la forma como requisito de validez es garantizar la intención de quedar vinculado cuando el contrato carece de reciprocidad y que las otras funciones que podemos considerar justificadas (especialmente, la protección de una de las partes) se alcanzan mejor mediante la anulabilidad, lo cual excluye que se pueda hablar de un auténtico requisito de validez. Por eso no parece razonable exigir bajo sanción de nulidad una forma (ya sea notarial o de documento privado) a un contrato oneroso. Cuando el legislador lo hace, probablemente

<sup>75</sup> Ni siquiera la exigencia de escritura pública de la hipoteca tiene carácter constitutivo, sino que se exige sólo en tanto que es necesaria para poder inscribirla. Sobre esta cuestión, JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inscrita voluntaria*, Comares, Granada, 1999, pp. 28-36 y 107-8.

<sup>76</sup> VON MEHREN, "Formal...", cit., p. 10.

<sup>77</sup> Vid. un resumen de las modificaciones legales y jurisprudenciales que han permitido orillar cada vez más la aplicación del artículo en GOUBEAUX/BIHR/HENRY, *Code civil...*, cit., pp. 892-5, o en ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 48-51. En Italia el art. 2721 I Cc.I establece una limitación similar, pero está contrarrestada en el segundo párrafo, que permite al juez admitir la prueba por testigos teniendo en cuenta la calidad de las partes, la naturaleza del contrato o cualquier otra circunstancia.

esté tomando una decisión perjudicial que a la larga se convertirá en una continua fuente de conflictos entre la regla general y la justicia del caso y que la jurisprudencia se verá obligada a sortear con argumentos más o menos acertados, como ocurre con la forma notarial impuesta por el § 313 BGB para la compraventa de inmuebles<sup>78</sup> o con la forma que todavía sigue imponiendo (aunque hoy mucho más atenuada) el *Statute of frauds* en Estados Unidos<sup>79</sup>.

Si la forma bajo sanción de nulidad tiene auténtico sentido cuando está destinada a garantizar la voluntad contractual en un contrato gratuito y sólo entonces, en esta materia ninguna de las dos propuestas armonizadoras parece satisfactoria, una por defecto de formalismo (PECL-PU) y otra por exceso (AvCEC). Efectivamente, aunque puede ser conveniente exigir forma para algunos contratos sin que ello contravenga la libertad de forma, los Principios no la exigen en ningún caso ni parece que se planteen hacerlo en una redacción posterior<sup>80</sup>. En el otro extremo, una cosa es la conveniencia de que los contratos importantes se atengan a ciertas formalidades y que el Derecho les atribuya por ello algunos efectos favorables, y otra muy distinta imponer la forma como requisito de validez más allá de lo que exige su función, que es lo que hace a mi entender el AvCEC<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> En Alemania la jurisprudencia intenta minimizar los efectos del § 313 con argumentaciones basadas en los §§ 125 y 242 BGB que no convienen en absoluto a la doctrina, vid. FLUME, *Negocio...*, cit., pp. 324-49; ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 55-9; VON MEHREN, "Formal requirements", cit., p. 8; MARKESINIS/LORENZ/DANNEMANN, *The german law...*, cit., I, pp. 180-1.

<sup>79</sup> Vid. la versión actualizada del § 2-201 UCC con su comentario oficial (*Selected Commercial Statutes*, West Group, St. Paul, 2000, pp. 52-3), y compárese con las críticas que ZWIEGERT y KÖTZ hacían a la versión anterior todavía en 1987, *An introduction...*, cit., II, pp. 53-5.

<sup>80</sup> En el caso de los PECL no es una mera falta de regulación de materias ajenas a su ámbito (como sí lo es en CISG o PU, que no necesitan regular los contratos gratuitos). Los PECL admiten el carácter vinculante de las promesas unilaterales (art. 2.107 PECL) y el comentario oficial considera infundada la tradicional prevención contra las promesas gratuitas informales y confirma que tampoco a los contratos gratuitos se les debe exigir otro requisito (*Principles...*, cit., pp. 138 y 142-3), lo que permite pensar que no tienen proyectado modificar este punto. Admitir que valgan por el mero acuerdo de voluntades y sin ninguna forma las donaciones de inmuebles en cualquier caso, o los acuerdos meramente consensuales (sin entrega) para la donación de muebles, préstamo, depósito y mutuo gratuitos supondría un cambio en nuestro Derecho (vid. *infra*, VIII.2).

<sup>81</sup> Efectivamente, los arts. 35 y 36 AvCEC imponen un exceso de forma como requisito de validez:

a) El documento público para la donación de inmuebles es adecuado, pero se exige también para la de muebles (art. 35.4 AvCEC), cuando tal vez bastaría que se realizaran por escrito o fueran acompañados de la entrega de la cosa (lo que tampoco se exige en la donación de muebles de escaso valor).

b) No parece afortunado que el AvCEC exija documento privado para la validez de todo contrato o precontrato que transfiera derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 35.1 y 2). No se justifica porque afecte a derechos reales (vid. art. 46.3 AvCEC) y parece exagerado al aplicarse a contratos onerosos (para las donaciones ya está el art. 35.4 AvCEC).

c) Entiendo que la exigencia de prueba escrita para los contratos de valor superior a 5000 euros (art. 36.2 AvCEC) actualmente carece de sentido.

### 3. FORMA CONVENCIONAL

La libertad establecida por la ley no impide que los mismos contratantes se impongan la adopción de una forma determinada para el nacimiento o la modificación de su contrato (arts. 29.2 CISG, 2.18 PU, 37 AvCEC, 2.106 PECL). Aunque el tenor literal de sus articulados permitiría entender que hay discrepancias entre los textos armonizadores, creo que cabe una interpretación conjunta coherente. Tal pacto hace presumir que se trata de un requisito de validez para la prestación del consentimiento, que de otro modo no será válido (arts. 2.18 PU y 37 AvCEC), aunque es sólo una presunción susceptible de prueba en contrario (art. 2.106(1) PECL). En cualquier caso, la ausencia de la forma pactada no podrá ser invocada por la parte que con su conducta ha generado en la otra la confianza en la validez del contrato o su modificación (29.2 CISG, 2.106(2) PECL, 2.18 PU)<sup>82</sup>.

Nada de esto es contrario a nuestro Derecho, que admite la validez de la forma convencional siempre que sea inequívoca<sup>83</sup>. La limitación a invocar el defecto de forma puede defenderse por la vía de los actos propios<sup>84</sup>.

## VI. ENTREGA DE LA COSA Y CONTRATOS REALES

Aunque ningún sistema europeo exige como requisito de validez en general la entrega de la cosa, algunos recogen la figura de los contratos reales, caracterizados porque para su perfección es necesaria la tradición posesoria. El Código civil español configura como contratos reales la donación manual de bienes muebles (art. 632 II), el depósito (art. 1758), el comodato o préstamo de uso y el mutuo, préstamo de consumo o simple préstamo (art. 1740). No forma parte de este grupo la entrega de la cosa exigida en la prenda (art. 1863)<sup>85</sup>.

El AvCEC exige para la perfección de los contratos reales (sin decir cuáles son) la entrega de la cosa, pero a reglón seguido permite la perfección por el mero consenso "si de la voluntad de las partes o la costumbre se deduce que han querido constituir un contrato atípico" (art. 34.2 AvCEC). Las demás propuestas armonizadoras no mencionan ningún contrato real, y al limitar los requisitos de validez a la intención de que-

<sup>82</sup> Una variante de esto es el pacto según el cual ninguna de las afirmaciones o acuerdos anteriores a su puesta por escrito debe considerarse como formando parte de éste (*merger clause*, art. 2.105(1) PECL). Tal cláusula establece sólo una presunción salvo que haya sido negociada individualmente (1 y 2).

<sup>83</sup> La jurisprudencia suele insistir en que el frecuente pacto de elevar a escritura pública generalmente no es de este tipo, REGLERO, en PASQUAU, *Jurisprudencia civil...*, cit., pp. 2259-60.

<sup>84</sup> Como ocurre, p. e., ante el incumplimiento de la forma escrita exigida para la validez de la cesión de arrendamiento o del subarriendo (art. 8 LAU):

<sup>85</sup> En este caso no es un requisito de perfección del contrato, sino una exigencia para el nacimiento de derechos reales. Dada la necesidad de título y modo para que éstos nazcan (art. 609 Cc.), cabe un contrato consensual que origine la obligación de pignorar (art. 1862 Cc.), pero el derecho real de prenda no nace sin la entrega (art. 1863 Cc.).

dar vinculado y la suficiencia del acuerdo (2.101 PECL) permiten que cualquiera de estos contratos se perfeccione con el mero acuerdo<sup>86</sup>.

La compleja evolución histórica de la relación entre tradición posesoria y perfección del contrato dificulta comprender el papel que puede cumplir la primera actualmente<sup>87</sup>, y por eso en España el contrato real se considera un residuo histórico compatible con que se admitan las figuras consensuales paralelas<sup>88</sup>.

Sin embargo, creo que en los contratos reales propiamente dichos (donación de muebles, comodato, depósito y mutuo) la *traditio* sigue cumpliendo una función: garantizar la intención de vincularse por parte del que entrega. Naturalmente, es admisible un contrato atípico consensual por el que alguien se comprometa a donar o a dar en comodato, en préstamo o en depósito, pero entonces es necesario que vaya revestido de forma (así para la donación, art. 632 II Cc.) o establezca una contraprestación cuando ello sea posible (los contratos reales son naturalmente gratuitos, pero muchos también pueden configurarse como onerosos); en otro caso, no hay obligación jurídicamente exigible<sup>89</sup>.

Por tanto, la entrega como requisito de validez cumple la función de mostrar una intención suficiente de quedar vinculado cuando el contrato es gratuito y carece de forma. Las propuestas armonizadoras difieren de nuestro Derecho no por admitir los contratos reales como consensuales, sino porque para ello sólo exigen el mero acuerdo.

## VII. CONTROL DE LEGALIDAD Y MORALIDAD

Todos los sistemas europeos niegan validez a los contratos considerados ilegales o antisociales<sup>90</sup> por contradictorios con la ley, el orden público o la moral<sup>91</sup>. Por lo

<sup>86</sup> En el mismo sentido se manifiestan los propios autores, *Principios...*, cit., pp. 141-2.

<sup>87</sup> En el pasado ha cumplido al menos las siguientes funciones: a) En Derecho romano clásico, la retención injusta de algo generaba obligaciones crediticias o préstamos (mutuo, permuta, comodato y prenda) que permitían exigir la devolución de lo retenido injustamente a través de la *condictio*; pero la entrega también era el modo en que se perfeccionaba el único contrato real propiamente dicho: el depósito. b) Para presentar una clasificación más simétrica, GAYO (G. 3, 89-91) mezcló ambas cosas y clasificó los préstamos como contratos (cosa que no eran) reales. En época justinianea se conservó esta clasificación y la entrega se consideró el modo de perfección de los llamados contratos innominados (*do ut des*, *do ut facies*, *facio ut facies*, *facio ut des*). c) En el Derecho germánico el contrato nace de la acción delictual, por lo que en un primer momento sólo se admitían los contratos si ya estaba cumplida una parte *re vel factum* y la entrega se consideraba un elemento necesario para la perfección de cualquier contrato. Vid. D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 9ª ed., 1997, §§ 383-6; GORLA, *El contrato*, cit., p. 44-48; FERNÁNDEZ ESTÍNAR, "La compraventa en el Derecho histórico español", en *AHDE*, 25 (1955), pp. 324-7.

<sup>88</sup> JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 133-4 y 140-8; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 140-1.

<sup>89</sup> DE CASTRO, *Negocio...*, cit., pp. 286-7.

<sup>90</sup> Sobre este apartado en general, vid. ZWIGERT/KÖTZ, *An introduction...*, cit., II, pp. 61-70; DE CASTRO, *Negocio...*, cit., pp. 243-253; STORME, "The binding" cit., 1ª ed., pp. 170-172 y 195-196; FLUME, *Negocio...*, cit., pp. 4 16-472; MARKESINIS/LORENZ/DANNEMANN, *The german...*, cit., I, pp. 174-188; ATIYAH, *An introduction...*, cit., pp. 34 1-354.

<sup>91</sup> Mientras los dos primeros criterios son indiscutidos, de vez en cuando surgen dudas respecto a la conveniencia o no de mantener el tercero. Sin embargo, la dignidad de la función jurisdiccional sigue exigiendo negar

demás, las formulaciones legales que instrumentan este control son relativamente similares en todas partes: tienen lugar por medio de un concepto jurídico-social indeterminado, bastante general, referido al contrato en su conjunto<sup>92</sup>, formulado negativamente<sup>93</sup>, cuyo contenido corresponde concretar posteriormente a la jurisprudencia aplicando el sentir común de la sociedad<sup>94</sup>.

En su redacción inicial, los textos armonizadores (con excepción del AvCEC<sup>95</sup>) evitaron expresamente abordar el control de legalidad y moralidad (3.1 PU, 4.101 PECL, 4[a] CISG). Sin embargo, en el caso de los PECL esa omisión era necesariamente provisional, y ha sido completada en la redacción de la reciente Parte III, que dedica el capítulo 15 a la ilegalidad<sup>96</sup>.

La regulación contenida en los PECL distingue dos supuestos de hecho distintos que convierten un contrato en ilegal: que infrinja una ley imperativa aplicable al contrato (art. 15.102[1] PECL) o que esté en "contradicción con los principios reconocidos como fundamentales en los Derechos de los Estados miembros de la Unión Europea" (art. 15.101 PECL). Este segundo criterio debe considerarse heredero de los

el respaldo al contrato "si una persona razonable encontraría escandaloso que un tribunal lo protegiera" o "si su resultado práctico repugna la conciencia social y ésta lo considera indigno de amparo jurídico". Las formulaciones citadas corresponden, respectivamente, a POLLOCK/WINFIELD (*ZWIGERT/KÖTZ, An introduction...*, cit., II, p. 65) y DE CASTRO (*Negocio...*, cit., p. 246). Un ejemplo de la crítica a la inseguridad que provoca la nulidad por inmoralidad en MARKESINIS/LORENZ/DANNEMANN, *The german law...*, cit., I, pp. 181-2, pero sus argumentos deben admitirse sólo para el supuesto concreto en discusión (el tenor literal y la aplicación jurisprudencial del §138 BGB). Podrán cambiar las formulaciones y sus contenidos, y los tribunales podrán estar más o menos acertados con la apreciación de cuándo un contrato debe anularse por inmorales, pero no parece que pueda prescindirse de este criterio.

<sup>92</sup> Aunque en Francia, España e Italia solemos entender que este control está ligado a los conceptos de objeto y causa del contrato, ya hemos visto que esa relación no es significativa (*vid. supra* 11.3 y III.b), lo cual permite afirmar que es preferible remitir la exigencia al contrato en su conjunto. Esa remisión se puede formular de muchos modos: p. ej., un contrato es ilegal, inmoral o contrario al orden público "según su carácter global deducido de la síntesis de contenido, motivo y fin, según los factores objetivos y subjetivos" (jurisprudencia alemana, FLUME, *Negocio...*, cit., p. 439), "por su contenido o su finalidad" (art. 3-40.1 NBW), o por su "celebración, contenido u objeto" (art. 30 de la ley 5739-1973 de contratos de Israel).

<sup>93</sup> No se exige moralidad para la validez del contrato, sino que se niega validez al contrato inmoral, FLUME, *Negocio...*, cit., p. 438.

<sup>94</sup> Por tanto, en esta materia juegan un papel decisivo dos instituciones de ámbito hoy por hoy innegablemente nacional como la jurisprudencia y la "moral social", lo que indudablemente supone un obstáculo para la armonización. STORME sugiere que la normativa armonizadora indique líneas generales y deje su desarrollo a las normas estatales ("The binding...", cit., 1ª ed., pp. 195-6), pero me parece claro que el papel protagonista de la jurisprudencia es inevitable.

<sup>95</sup> Recogiendo la tradición de los códigos europeos y con reiteración tal vez excesiva, el AvCEC afirma que los contratos deben permanecer dentro de los límites del orden público (arts. 2, 30.1 y 140.1 a), las normas imperativas (arts. 30.2, 140.1 a y b), las buenas costumbres (arts. 2, 30.1 y 140.1 a), el Derecho comunitario (arts. 2, 30.1, 140.3) y las normas y principios constitucionales de los Estados comunitarios (arts. 2, 30.1, 140.3).

<sup>96</sup> Así en *Principios...*, cit., pp. xxxii y 227-8. Sus autores sabían que si los Principios habían de llegar a ser algo más que una propuesta, antes o después deberían contener una regulación de esta materia. Entiendo que cualquier armonización, por profunda que sea, se encontrará antes o después con un límite natural infranqueable, pues es muy dudoso que los Estados lleguen a renunciar totalmente a algún tipo de control de orden público sobre los contratos ejecutables sobre su territorio (en el mismo sentido para la CISG, ROJO AJURIA, L., en DIEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa...*, cit., p. 83). Para consultar la Parte III de los PECL, todavía inédita y aparecida cuando estas líneas se encontraban ya en la imprenta, vid. <http://www.ufsia.ac.be/estorme/PECL3en.html>.

tradicionales "moral", "orden público" o "buenas costumbres", aunque en una formulación más aséptica (y probablemente menos polémica) que los anteriores.

En cuanto a los efectos que se deben atribuir a la declaración de que un contrato es ilegal, la regulación de los Principios se caracteriza por proporcionar al juez una gran flexibilidad:

a) Su decisión debe tener en cuenta varios parámetros enumerados en el art. 15.102[3] PECL: el propósito de la norma infringida, el grupo de personas a las que se pretende proteger con ella, la sanción que lleve aparejada, la gravedad de la infracción, la intencionalidad del infractor y la mayor o menor relación que guarden el contrato y la contravención. La ponderación de estos criterios debe presidir la decisión del juez en todo lo demás (cfr. 15.102[3], 15.104[2], 15.105[2]).

b) Respecto a la eficacia del contrato ilegal, el juez debe aplicar la que indique expresamente la norma imperativa infringida (art. 15.102[1]). En ausencia de tal indicación expresa (es decir, si la norma imperativa no indica nada sobre la eficacia o si lo que se contraviene es un principio fundamental, que por definición carece de consecuencia jurídica específica), el juez goza de amplia flexibilidad, y puede aplicar plenamente el contrato, modificar su contenido, decidir la ineficacia parcial o privarlo totalmente de efectos (arts. 15.102[2] y 15.103).

c) Cualquier parte puede pedir la restitución de lo entregado (art. 15.104[1]) o de su equivalente (15.104[4]), así como reclamar resarcimiento de los daños ocasionados si proceden (15.105[1]), pero se le puede negar todo ello si conocía o debía haber conocido la causa de la ilegalidad (literalmente, "la razón de la ineficacia", arts. 15.104[3] y 15.105[3]). Esta limitación acerca la solución de los PECL a la prevista en nuestro Derecho, basada en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (arts. 1305 y 1306 Cc.)<sup>97</sup>.

Tan flexible regulación pretende evitar las injusticias que con frecuencia lleva aparejada la aplicación de normas rígidas ante cuestiones de contratos inmorales o ilegales. Como contrapartida, amenaza con facilitar la variedad y dispersión en las decisiones y criterios judiciales si no se alcanza una mayor concreción por vía jurisprudencial.

## VIII. PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN Y DERECHO VIGENTE: UNA VALORACIÓN

### 1. RECIPROCIDAD Y VESTIMENTUM

Lo que se ha visto en los apartados III, IV, V y VI confirma, a mi entender, una idea ya expresada por GORLA y STORME<sup>98</sup>. Causa, *consideration*, forma y entrega, entendidos

<sup>97</sup> Vid. sobre el principio y la evolución de su aplicación por la jurisprudencia española ÁLVAREZ CAPEROCHINI, J. A., *Curso de Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2002, II, pp. 89-92.

<sup>98</sup> GORLA, *El Contrato*, cit., *passim* (especialmente pp. 100-1, 243, 461-2 y 491-2) y STORME, "The Binding...", cit., pp. 243-6.

como requisitos de validez para la formación de los contratos, cumplen la misma función: son modos establecidos por el Derecho para garantizar la efectiva voluntad de quedar vinculado jurídicamente por parte del promitente en los contratos que carecen de (o en los que se puede dudar que exista) reciprocidad, es decir, en los que no son de cambio típico oneroso<sup>99</sup>.

Esto se debe a que el principal motivo por el que se produce la vinculación contractual es la reciprocidad, pero ésta sólo resulta garantizada cuando el contrato es de cambio típico no simulado. El resto de los casos son vistos por el Derecho (y por la sociedad) con cierta prevención, y por ello se les exige un requisito complementario o *vestmentum*, que puede ser cualquiera de los indicados anteriormente. Esto explica por qué los principios de libertad de forma y perfección por el mero consentimiento sólo se aplican realmente cuando hay reciprocidad<sup>100</sup>.

Analizados por separado, ninguno de los requisitos tradicionales de validez (*causa*, *consideration*, forma, entrega) se explica ni se entiende suficientemente. Pero vistos en su conjunto sí. Que cumplen la misma función se muestra en que son en cierta medida fungibles: la carencia de uno de ellos queda correctamente suplida por alguno de los otros. Que esta función es garantizar la voluntad de quedar vinculado cuando falta (o hay motivos para dudar que falte) la reciprocidad se muestra en que sólo se exigen como auténticos requisitos de validez cuando el contrato es atípico, gratuito, o simulado, y en caso contrario su exigencia desaparece o resulta a la larga disfuncional. Creo que la misma regulación y su aplicación jurisprudencial en distintos países justifican estas afirmaciones:

a) La donación de muebles necesita forma escrita (art. 632 I Cc., 782 Cc.I, 243.1 COS, *deed* en *Common law*) o notarial (931 Cc.F, § 518 BGB), pero se puede suplir con la entrega de la cosa (632 II Cc., *donation manuel*<sup>101</sup>, 783 Cc.I, 242.1 COS, § 929 BGB). Cuando la donación es de bienes inmuebles se exige escritura pública, que no puede ser suplida con documento privado ni con entrega. Este *plus* de rigidez formal está ampliamente extendido en la legislación y la mentalidad jurídica europeas, la jurisprudencia lo aplica con rigor y la doctrina no detecta que sea una exigencia disfuncional ni sugiere su modificación, por lo que no parece que existan motivos suficientes para prescindir de él.

La forma de la aceptación de la donación cumple la única función de impedir que el donante revoque, por lo que tiene mucha menos importancia, y con frecuencia los

<sup>99</sup> Para las relaciones entre los conceptos de recíproco, sinalagmático y oneroso, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, pp. 369-76.

<sup>100</sup> Lo que se acaba de decir está en el origen (hoy casi irreconocible por la elaboración posterior) de las teorías de la causa del contrato y la *consideration*, que en este sentido (y tal vez sólo en éste) todavía hoy pueden considerarse vigentes y defendibles. Pero para ello no se puede pretender equiparar las demás causas (liberalidad, ánimo remuneratorio, etc.) con la reciprocidad: esta última es suficiente en sí misma, pero las demás, aunque basten para justificar que existe voluntad de quedar vinculado, siguen necesitando *vestmentum*.

<sup>101</sup> En Francia, admitida desde la *S. Cour de Cassation* 11 julio 1960, D. 1960, 702.

tribunales admiten como suficiente cualquier aceptación posterior del donatario (p. e., STS 23 mayo 1987)<sup>102</sup>.

La imposibilidad de una “donación sinalagmática” se corresponde con que nunca se admita la perfección de la donación por el mero consenso (STS 8 julio 1943)<sup>103</sup>.

b) Los contratos reales se perfeccionan con la entrega<sup>104</sup> o con la forma escrita (analogía ex 632 Cc.)<sup>105</sup>, pero no hace falta ninguna de las dos si el contrato se configura como oneroso<sup>106</sup>.

c) El contrato simulado tiene dos importantes carencias que dificultan –pero no impiden– su validez. Primero debe justificar una razón plausible de quedar obligado, una causa (p. e., *animus donandi*), sin la que sería absolutamente simulado y por tanto nulo, sea cual sea su forma. Una vez probado que tiene causa (cosa que los tribunales españoles admiten con más facilidad si ésta es remuneratoria), como el contrato no se basa en la reciprocidad, debe cumplir las exigencias formales de las donaciones, por lo que, tratándose de inmuebles, sólo es vinculante si media escritura pública. Esto explica la validez de las donaciones de inmuebles disimuladas encubiertas bajo compraventa simulada documentada en escritura pública (STS 22 enero 1991)<sup>107</sup>.

d) Los contratos de garantía, aunque no tengan pactada una remuneración, no se equiparan a los negocios gratuitos, y por ello se perfeccionan por el mero consentimiento (p. e., la fianza, art. 1827 Cc., o la promesa de prenda o hipoteca, art. 1862

<sup>102</sup> RAJ 3357. Comentada por ATAZ LÓPEZ en CCJC, 14 (1987), pp. 4659-62.

<sup>103</sup> RAJ 855. Se discute, sin embargo, si una donación onerosa, modal o remuneratoria en la que la carga tenga mayor valor que lo donado debe seguir sujeta a las exigencias de forma o quedar amparada por el principio de libertad de forma ex art. 622 Cc. A favor ATAZ, “Comentario...”, cit., pp. 4649-59 y REGLERO, *Comentarios...*, cit., XVII-1ºB, pp. 707-8; en contra, DURÁN RIVACOBRA, R., *Donación de inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 130, DE LOS MOZOS, *Donación...*, cit., pp. 206-12 y RAGEL, *Estudio...*, cit., p. 703.

<sup>104</sup> Mutuo: 1740 Cc., 1892 Cc.F, 1813 Cc.I, § 607 BGB; depósito: 1758 Cc., 1919 Cc.F, 1766 Cc.I, § 608 BGB; comodato: 1740 Cc., 1875 Cc.F, 1803 Cc.I.

<sup>105</sup> DE CASTRO, *Negocio...*, cit., pp. 286-7. Naturalmente, salvo que exista simulación (STS 5 febrero 1957 RAJ 384, 29 noviembre 1989 RAJ 7921, MORENO-TORRES, en PASQUAU, *Jurisprudencia...*, cit., p. 3025).

<sup>106</sup> SSTS 4 mayo 1943 RAJ 703, 25 febrero 1986 RAJ 937, en ambos casos mutuos onerosos y documentados. Así también el mutuo por Italia, arts. 1815 y 1822 Cc.I, o el depósito en Holanda cuando lo realiza un profesional, arts. 7-600 y 7-601 NBW.

<sup>107</sup> RAJ 306. La cuestión es muy discutida. La que suele considerarse línea mayoritaria exige que el *animus donandi* conste en la escritura (p. e., SSTS 6 octubre 1977 RAJ 3713, 15 octubre 1985 RAJ 4846; DE LOS MOZOS, *Donación...*, cit., pp. 212-220). Sin embargo, buena parte de las sentencias que deniegan la validez se encuentran en realidad ante falta de *animus donandi*: el auténtico problema no era que el *animus* constara o no en la escritura, sino que no había voluntad de donar, es decir, no había causa. Por el contrario, la línea que aquí defendiendo se apoya en sentencias que admitieron la validez de donaciones simuladas en las que constaba que el *animus* (generalmente, remuneratorio) era el fundamento de la simulación, sin perjuicio de eventuales impugnaciones por fraude o reducciones por inoficiosidad (p. e., SSTS 7 marzo 1980 RAJ 845, 9 mayo 1988 RAJ 4048, 30 diciembre 1998 RAJ 9982; en el mismo sentido, REGLERO, *Comentarios...*, cit., XVII-1ºB, pp. 701-707). Una tercera línea, reconociendo esto, piensa que la exigencia de escritura pública busca la protección de terceros y por tanto no debería admitirse la validez de la donación simulada (p. e., SANTOS MORÓN, *La forma...*, cit., p. 179).

Cc.), sin necesidad de forma legal (y si se exige, como en el aval mercantil del art. 440 Ccom., debe entenderse restrictivamente), y no están sometidos al régimen de los contratos gratuitos (así el aval prestado por la esposa en favor de su marido)<sup>108</sup>.

e) Como se deduce de lo anterior, la exigencia de causa, entrega o forma como requisito de validez para los contratos onerosos debe considerarse excesiva. Por eso la jurisprudencia siempre encuentra modos de reconocer efectos al contrato oneroso y “verdadero” (no simulado) que carece de la forma o la entrega legalmente exigidas<sup>109</sup>.

## 2. LA DISCREPANCIA ENTRE PRINCIPIOS Y DERECHOS NACIONALES

Lo visto a lo largo de estas páginas y concretado en el apartado anterior permite afirmar que en materia de requisitos de validez hay una única discrepancia de fondo entre Principios armonizadores (PECL-PU)<sup>110</sup> y Derecho español (y lo mismo cabría decir para los demás países comunitarios), pero ésta no es la exigencia o no de objeto, causa, *consideration* o forma para la perfección de los contratos en general, porque los Derechos nacionales tampoco exigen esos requisitos con la rotundidad con que parecen afirmarlo sus textos legales. La diferencia se produce en la perfección de los contratos que no sean de cambio típico oneroso, es decir, los atípicos, gratuitos, o simulados. Los Derechos nacionales europeos no permiten la perfección por el mero consentimiento informal de estos contratos, mientras que los Principios sí. La cuestión que se plantea es qué incidencia puede tener esta discrepancia en la utilización a la que aspiran los redactores de ambos textos, que es servir de modelo para la legislación nacional, completar las lagunas de los sistemas o reglas elegidos por las partes y ser ley aplicable de los contratos cuando lo indiquen los propios contratantes (*vid.* el Preámbulo PU y art. 1.101 PECL).

a) Como “modelo para la legislación” nacional o internacional, la cuestión básica es en qué medida cambiaría la regulación española de esta materia si los Principios fueran adoptados o recibieran algún tipo de aprobación oficial. Creo que los arts. 2.101 PECL y 3.2 PU sólo son incompatibles con las normas estatales que exigen causa, *consideration*, forma o entrega en las donaciones y contratos gratuitos, es decir, allí donde se exigen realmente como requisito de validez para garantizar la intención de quedar vinculado jurídicamente. Por el contrario, no se oponen a la exigencia de forma por normas estatales que pretendan cualquier otra función, muy especialmente en materia de

<sup>108</sup> Para todo ello, *vid.* CARRASCO (dir.), *Tratado...*, cit.: forma de la fianza civil y mercantil en pp. 76-7; prenda en pp. 811, 817-818 y 876; aval en p. 134.

<sup>109</sup> REGLERO, *Comentarios...*, cit., XVII-1ºB, pp. 698-700 y 729-730; LACRUZ, *Elementos...*, cit., II-1, p. 433.

<sup>110</sup> En este apartado me centraré en una discrepancia que se puede afirmar sólo de los Principios (PECL y PU), por lo que dejaré más de lado los textos de CISG y AvCEC.

consumo. En tales casos, la norma estatal será aplicable como *lex specialis*, sin que le afecte el principio de libertad de forma de los Principios<sup>111</sup>.

Teniendo en cuenta que una de las finalidades de los Principios es servir de base a una futura redacción de un Código europeo o a la armonización de sus legislaciones llevada a cabo por los Estados miembros, considero que en este punto la regulación de los Principios no es afortunada. No refleja fielmente el Derecho común ni el de ninguno de los Derechos europeos, y creo que éstos no ganarían nada adoptándola.

Parece que la variedad de lo armonizado ha llevado a los redactores a atenerse a lo único común<sup>112</sup>. Pero lo que en verdad es común es la exigencia de *vestimentum*, y quizás cabía esperar que sus redactores hubieran intentado formularlo en una versión actualizada. En lugar de eso, han preferido sustituir los criterios tradicionalmente empleados para apreciar la voluntad contractual por la misma voluntad contractual apreciada directamente (art. 2:102 PECL). Pero si los distintos sistemas establecen criterios indirectos es precisamente porque la voluntad de quedar vinculada no es tan fácil de percibir<sup>113</sup>, en cuyo caso el vacío dejado por los criterios suprimi-

<sup>111</sup> Este argumento coincide con el que se ha sugerido para la incidencia de la CISG sobre las normas estatales de libertad de forma no afecta a las normas estatales que imponen una forma con otra finalidad distinta (HONNOLD, *Uniform law...*, cit., pp. 184-186; ROJO AJURUA, en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa...*, cit., pp. 184-186; ROJO AJURUA, en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa...*, cit., p. 82). Efectivamente, lo contrario no sería coherente con la interpretación de acuerdo con la "necesidad de promover la uniformidad" (art. 7:1 CISG); y tampoco sería razonable que la armonización civil promovida por las Comandades eliminara de un plumazo la otra armonización conseguida vía Directivas en materia de consumo. Abundando un poco más, el art. 2:101 PECL se refiere únicamente (salvo cuando indica expresamente lo contrario) a los requisitos de validez impuestos con la función de garantizar la voluntad de vinculación jurídica. El nuevo formalismo protector de los consumidores persigue otros fines diferentes: evitar las lagunas del contrato obligando al profesional a proporcionar información suficiente, facilitar que el juez conozca el contenido pactado y pueda excluir las cláusulas contrarias a la buena fe; en ocasiones establecer cláusulas supletorias, etc. (sobre esto, v. *La disciplina dell'arco e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, II, pp. 511-521 y PASQUCCI, S.T., "La forma del contratto", II, pp. 575-603). Se ha puesto en duda que eso sea una auténtica nulidad contractual (p. e. STORME, "The binding...", cit., 1ª ed., p. 177) y, efectivamente, se corresponde mejor con la anulación (solicitable únicamente por el consumidor y convalidable). Una argumentación en parte opuesta para una conclusión similar sobre los efectos de las distintas exigencias de forma en Derecho español en PASQUCCI, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 244-246.

<sup>112</sup> Tampoco creo que deba entenderse el "sin ningún otro requisito" de PECL-PU como una pura remisión a las normas imperativas nacionales (como parece hacer STORME, "The binding...", cit., 1ª ed., p. 177). Eso significaría la conservación de todas las leyes domésticas sobre causa, *consideration*, forma y entrega y un sistema nuevo y se convertirían en una total confirmación de la (aparente) diversidad actual que no considero en absoluto conveniente.

<sup>113</sup> Es cierto que los sistemas coinciden únicamente en exigir el acuerdo (ZWEIGERT/KOTZ, *An introduction...*, cit., II, p. 8), pero también lo es que el acuerdo por sí solo no basta en ninguno. Si se pretende hallar algo que equivalga funcionalmente a todos, no debe adoptarse el máximo común divisor (que incluye sólo los elementos comunes), sino el mínimo común múltiplo (formado con elementos comunes y no comunes).

<sup>114</sup> ZWIGERT Y KÖTZ abogan por esa apreciación directa de la voluntad de vincularse y citan al Derecho alemán (§118 BGB) como ejemplo de regulación que permite al juez la apreciación libre de esta cuestión. *An introduction...*, cit., II, p. 81. Una muestra de que no es tan fácil es que tanto en el Derecho alemán como en el británico, que también exige como requisito autónomo la intención o *creta legal intention*, su papel y aplicación jurisdiccional en las promesas unilaterales.

<sup>115</sup> Este argumento coincide con el que se ha sugerido para la incidencia de la CISG sobre las normas estatales de libertad de forma no afecta a las normas estatales que imponen una forma con otra finalidad distinta (HONNOLD, *Uniform law...*, cit., pp. 184-186; ROJO AJURUA, en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa...*, cit., p. 82). Efectivamente, lo contrario no sería coherente con la interpretación de acuerdo con la "necesidad de promover la uniformidad" (art. 7:1 CISG); y tampoco sería razonable que la armonización civil promovida por las Comandades eliminara de un plumazo la otra armonización conseguida vía Directivas en materia de consumo. Abundando un poco más, el art. 2:101 PECL se refiere únicamente (salvo cuando indica expresamente lo contrario) a los requisitos de validez impuestos con la función de garantizar la voluntad de vinculación jurídica. El nuevo formalismo protector de los consumidores persigue otros fines diferentes: evitar las lagunas del contrato obligando al profesional a proporcionar información suficiente, facilitar que el juez conozca el contenido pactado y pueda excluir las cláusulas contrarias a la buena fe; en ocasiones establecer cláusulas supletorias, etc. (sobre esto, v. *La disciplina dell'arco e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, II, pp. 511-521 y PASQUCCI, S.T., "La forma del contratto", II, pp. 575-603). Se ha puesto en duda que eso sea una auténtica nulidad contractual (p. e. STORME, "The binding...", cit., 1ª ed., p. 177) y, efectivamente, se corresponde mejor con la anulación (solicitable únicamente por el consumidor y convalidable). Una argumentación en parte opuesta para una conclusión similar sobre los efectos de las distintas exigencias de forma en Derecho español en PASQUCCI, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 244-246.

<sup>116</sup> Este argumento coincide con el que se ha sugerido para la incidencia de la CISG sobre las normas estatales de libertad de forma no afecta a las normas estatales que imponen una forma con otra finalidad distinta (HONNOLD, *Uniform law...*, cit., pp. 184-186; ROJO AJURUA, en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa...*, cit., p. 82). Efectivamente, lo contrario no sería coherente con la interpretación de acuerdo con la "necesidad de promover la uniformidad" (art. 7:1 CISG); y tampoco sería razonable que la armonización civil promovida por las Comandades eliminara de un plumazo la otra armonización conseguida vía Directivas en materia de consumo. Abundando un poco más, el art. 2:101 PECL se refiere únicamente (salvo cuando indica expresamente lo contrario) a los requisitos de validez impuestos con la función de garantizar la voluntad de vinculación jurídica. El nuevo formalismo protector de los consumidores persigue otros fines diferentes: evitar las lagunas del contrato obligando al profesional a proporcionar información suficiente, facilitar que el juez conozca el contenido pactado y pueda excluir las cláusulas contrarias a la buena fe; en ocasiones establecer cláusulas supletorias, etc. (sobre esto, v. *La disciplina dell'arco e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, II, pp. 511-521 y PASQUCCI, S.T., "La forma del contratto", II, pp. 575-603). Se ha puesto en duda que eso sea una auténtica nulidad contractual (p. e. STORME, "The binding...", cit., 1ª ed., p. 177) y, efectivamente, se corresponde mejor con la anulación (solicitable únicamente por el consumidor y convalidable). Una argumentación en parte opuesta para una conclusión similar sobre los efectos de las distintas exigencias de forma en Derecho español en PASQUCCI, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 244-246.

<sup>117</sup> Así lo advierte ATRIAN ante las propuestas de prescindir de la *consideration*, *An introduction...*, cit., p. 149. STORME ha visto ya en los arts. 2:101 y 2:102 PECL una intención de vincularse graduable de acuerdo con el grado de reciprocidad según es percibido por la otra parte, lo que permitiría atribuir un menor grado de vinculación y distinción de efectos para los contratos gratuitos. STORME, "The Binding...", cit., pp. 245-6.

<sup>118</sup> En cualquier caso, el contrato debe estar referido a un ordenamiento nacional; y no cabe excluir leyes imperativas de un país en el que estén localizados "todos los demás elementos de la situación" (art. 3:3 RCOO).

<sup>119</sup> Vid. *Principles...*, cit., p. 126.

<sup>120</sup> Algo parecido debería afirmarse si se entendiera que la libertad de forma de los Principios permite evitar la forma impresa por las normas nacionales a los contratos de consumo (cosa que, como he dicho, yo no creo); cuando tales contratos se enunciaran en los supuestos del art. 5:2 RCOO, sería de aplicación directa la norma sobre forma del país de la residencia habitual del consumidor (art. 9:5 RCOO).

### 3. VALORACIÓN

Aunque en cada apartado ya se han valorado las reglas propuestas por los textos armonizadores y su incidencia en el Derecho español, puede ser oportuna una recapitulación final.

a) Aunque con algunas limitaciones, los Principios pueden elegirse como ley aplicable a un contrato y emplearse con preferencia a las normas imperativas nacionales<sup>115</sup>, salvo que según el Derecho internacional privado éstas sean de aplicación preferente o directa (arts. 1:103 PECL, 1:4 PU)<sup>116</sup>. El Derecho internacional privado aplicable es el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (en adelante, RCOO), en vigor en España desde el 1 de septiembre de 1993 y aplicable erga omnes. Este atribuye el carácter de normas de aplicación directa a algunas relativas a la forma: "todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito" (art. 9:6 RCOO). Así ocurrirá con una donación sin escritura pública de un inmueble localizado en España; el art. 633 I CC. es norma sobre forma imperativa del lugar donde se encuentra la cosa, por lo que la donación carecerá de validez, aunque donante y donatario se hubieran remitido a los Principios. La respuesta no estaría tan clara para la donación de un bien mueble o para algún otro contrato no recíproco<sup>117</sup>.

b) Como complemento integrador de lagunas del sistema jurídico o del conjunto de nuevos criterios<sup>118</sup>.

c) Aunque con algunas limitaciones, los Principios pueden elegirse como ley aplicable a un contrato y emplearse con preferencia a las normas imperativas nacionales<sup>115</sup>, salvo que según el Derecho internacional privado éstas sean de aplicación preferente o directa (arts. 1:103 PECL, 1:4 PU)<sup>116</sup>. El Derecho internacional privado aplicable es el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (en adelante, RCOO), en vigor en España desde el 1 de septiembre de 1993 y aplicable erga omnes. Este atribuye el carácter de normas de aplicación directa a algunas relativas a la forma: "todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito" (art. 9:6 RCOO). Así ocurrirá con una donación sin escritura pública de un inmueble localizado en España; el art. 633 I CC. es norma sobre forma imperativa del lugar donde se encuentra la cosa, por lo que la donación carecerá de validez, aunque donante y donatario se hubieran remitido a los Principios. La respuesta no estaría tan clara para la donación de un bien mueble o para algún otro contrato no recíproco<sup>117</sup>.



El control de ilegalidad e inmoralidad de los contratos en la redacción actual de los PECL es novedoso y prometedor, aunque puede aplicarse con una variedad de criterios que ocasionaría una dispersión jurisprudencial poco conveniente.

En cuanto al resto de los requisitos de validez, considero preferible la ambiciosa propuesta de innovar suprimiendo todos los requisitos de validez no referidos a la formación contractual (arts. 2.101 PECL y 3.2 PU) que la menos innovadora de conservar una cantidad probablemente excesiva de formas legales (arts. 5, 35 y 36 AvCEC). La decisión de prescindir del objeto de contrato como requisito de validez adoptada por los Principios puede considerarse acertada, al igual que el modo en que quedan reguladas la imposibilidad y la determinación; creo que mantener la exigencia de contenido contractual como hace el AvCEC aportaría poco<sup>118</sup>.

La validez de los contratos que cumplen a la vez las condiciones de ser onerosos, de cambio, típicos y no simulados no se vería afectada por los arts. 2.101 PECL y 3.2 PU, porque hoy en toda Europa se reconoce la perfección de estos contratos por el mero acuerdo, sin exigir para ello ningún otro requisito. En esto los Principios deben ser bien recibidos: entroncan con un núcleo común existente en todos los países comunitarios (incluidos los causalistas) y realizan el importante servicio de simplificar unas diferencias más aparentes que reales.

No se puede decir lo mismo respecto a los contratos gratuitos, atípicos o simulados. Ninguno de los sistemas europeos considera exigible un contrato si carece a la vez de contraprestación, forma y entrega, porque estos requisitos cumplen una función: manifestar la voluntad de quedar vinculado jurídicamente cuando el contrato no está claramente fundamentado en la reciprocidad<sup>119</sup>. En este punto la propuesta de los PECL no refleja el *common core* del Derecho europeo, y tampoco parece que su adopción vaya a aportar una mejora significativa a las legislaciones nacionales. Por lo demás, probablemente esta deficiencia podría solucionarse con sólo añadir un tercer apartado al art. 2.101 PECL exigiendo escritura pública para la validez de las donaciones de inmuebles y documento privado o entrega para la validez de la donación de bienes muebles o la de cualquier otro contrato que sólo genere obligaciones para una de las partes.

Naturalmente, la última crítica no afecta al fondo de los Principios, que en esta materia es otro: reconocer y explicitar que los requisitos de validez contractual exigidos por los Derechos europeos están más cerca unos de otros de lo que nuestros modos de explicarlo suelen dar a entender, y, por lo tanto, pueden ser armonizados sin que ninguno de ellos sufra una modificación esencial. Un logro de estas dimensiones, obtenido precisamente en una materia considerada como especialmente refractaria a la armonización, permite el optimismo respecto a las posibilidades de armonizar el Derecho privado europeo, y por ello entiendo que no puede recibirse sino con aplauso.

<sup>118</sup> En materia de objeto del contrato el AvCEC está aún muy cerca de los códigos latinos. No es especialmente negativo, pero sí poco relevante (y, por tanto, prescindible).

<sup>119</sup> GORLA, *El contrato*, cit., pp. 100-1, 461, 491-2; STORME, "The Binding...", cit., pp. 243-6; ATIYAH, *An introduction...*, cit., p. 152.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Principios Unidroit: ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?*, Valencia (Venezuela), 1996.
- ALPA, G., BUCCICO, E. N., *Il Codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000*, Giuffrè, Milán, 2001.
- ALPA, G., "I PECL e il Codice civile italiano", en *Il Codice civile europeo. Materiali dei seminari 1999-2000*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 123-37.
- ALPA, G., "Causa e contratto: profili attuali", en VACCA, *Causa e contratto*, pp. 245-82.
- ATAZ LÓPEZ, J., "Comentario a la STS 23 mayo 1987", en CCJC, 14 (1987), pp. 4649-62.
- ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1995.
- BARENGHI, A., "L'oggetto del contratto", en LIPARI, N., (ed.), *Diritto privato europeo*, Cedam, Padova, II, pp. 604-616.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, (trad. española de A. Martín Pérez), 2ª ed., Ed. RDPPriv., Madrid, 1959.
- BONELL, M. J., *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 1995.
- BONELL, M. J., "UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the same purposes?", *ULR*, 1996, pp. 229-246.
- CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones* (trad. española de Tarragato), Ed. Góngora, Madrid, 1922.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La causa del contrato*, Studia Albortiana, Bolonia, 1998.
- DABIN, J., *La teoría de la causa* (trad. esp. Pelsmaecker), 2ª ed., ed. RDPPriv., Madrid, 1955.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DE LOS MOZOS, J. L., *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4ª ed., I y II, Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.
- D'ORS PÉREZ-PÉIX, A., "Sobre la causa de los actos jurídicos", *ADC*, 9 (1956), pp. 578-586.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón, *Donación de inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Edijus, Madrid, 2001.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., "La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución", en *ADC*, 50 (1998), pp. 1751-92.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. J. M. Miquel y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- FROMHOLZER, F., *Consideration*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.
- GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, II-1.
- GALGANO, F. (coord.), *Atlas de Derecho Privado comparado*, trad. de Fernández Campos y Verdera, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- GAMBARO, A., "Sintesi inconclusiva in tema di causa e contratto", en *VACCA, Causa e contratto*, pp. 551-575.
- GENTILI, A., "I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?", en *ALPA/BUCCICO (dirs.), Il codice civile europeo*, pp. 248-65.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.
- GHESTIN, J., *Traité de Droit civil*, 3ª ed., LGDJ, Paris, 1993, II-1.
- GHESTIN, J., "L'indetermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)", *D.* 1973, *Chro.*, pp. 293-298.
- GORLA, G., *El contrato*, trad. española de José Ferrandis Vilella, Bosch, Barcelona, 1959, 2 vols.
- GOUBEAUX, G., BIHR, P., HENRY, X., *Code civil enrichi d'annotations tirées des bases de données juridiques*, 1ª ed., Dalloz, Paris, 1995.
- HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., PERRON, E., (dirs.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 1ª ed., 1994; 2ª ed., 1998.
- HONNOLD, J.O., *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Kluwer Publishers, Deventer, 1989.
- HONNOLD, J.O., *Uniform Law International Sales under the 1980 UN Convention*, 3ª ed., Kluwer Publishers, Deventer, 1991.
- IRTI, N., *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, Milano, 1997.
- JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.
- JORDANO BAREA, J. B., "La causa en el sistema del Código civil español", en *Centenario del CC*, 1990, I, pp. 1041-1060.
- JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inscrita voluntaria*, Comares, Granada, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, II, 3ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., "La causa en los contratos de garantía", en *RCDI*, 1981, pp. 709-755, citado según *Estudios de Derecho privado, común y foral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, II, pp. 59-98.
- LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- LIPARI, N., (dir.), *Diritto privato europeo*, 2 vols., CEDAM, Padova, 1997.
- MALAURIE, P., AYNES, L., *Droit civil*, 6ª ed., Cujas, Paris, VI, 1995.
- MARKESINIS, B. S., LORENZ, W., DANNEMANN, G., *The german law of obligations*, 2 vols., Oxford, 1997.
- MARSH, P. D. V., *Comparative contract law*, Gower, Hampshire, 1996.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M., PARRA LUCÁN, M. A., *Curso de Derecho civil*, II, Colex, Madrid, 2000.
- MASUCCI, S. T., "La forma del contratto", en *LIPARI, N., (dir.), Diritto privato europeo*, II, pp. 575-603.
- MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentarios a los Principios Unidroit para los contratos de comercio internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada*, 2 vols., Comares, Granada, 2000.
- PASCUAL LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- RAMS ALBESA, J., Ad arts. 1271 y 1272, en *Comentarios al Código civil*, Edersa, Madrid, 1993, XVII-1ª-B, pp. 441-469.
- REGLERO CAMPOS, F., Ad arts. 1278-1280, en *Comentarios al Código civil*, Edersa, Madrid, 1993, XVII-1ªB, pp. 621-771.
- RODIERE, R. (dir.), *Objet, cause et lesion du contrat*, Pedone, Paris, 1980.
- SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SANTOS MORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, BOE, Madrid, 1996. *Selected Commercial Statutes*, West Group, St. Paul, 2000.
- STORME, M., "The Binding Character of Contracts – Causa and Consideration", en *HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., PERRON, E., (dirs.), Towards a European Civil Code*, 1ª ed., 1994, pp. 155-99; 2ª ed., 1998, pp. 239-254.
- TREITEL, G., *The law of contract*, 9ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1995.
- VACCA, L. (dir.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995.
- VON MEHREN, A., "Formal requirements", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, JCB Mohr, Tübingen, VII-10.
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, trad. inglesa por T. WEIR, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1998.